D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/

«Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho» es una publicación de carácter anual dirigida a filósofos y teóricos del Derecho, de la moral y de la política.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

I. S. S. N.: 0214-8676

Depósito legal: M-27.661-1989

Fotocomposición: Josur Tratamiento de Textos, S. L.

Impresión: Elecé, Industria Gráfica, S. L.
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2012

Printed in Spain

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Alicante, 2011

ÍNDICE

Pág.

Manuel Atienza:
Presentación
Presentation 13

Luigi Ferrajoli:
Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista
Principle-constitutionalism and Guarantee-constitutionalism 15

Josep Aguiló Regla:
El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli
Luigi Ferrajoli's Impossible Constitutionalism 55

Manuel Atienza:
Dos versiones del constitucionalismo
Two Versions of Constitutionalism 73

Mauro Barberis:
Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio
Ferrajoli, or Neo-constitutionalism Not Taken Seriously 89

Paolo Comanducci:
«Constitucionalismo»: problemas de definición y tipología
«Constitutionalism»: Problems of Definition and Typology 95

Pierluigi Chiassoni:
Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista
A Bastion of Modernism. Some Notes in Defense of Guarantee-constitutionalism. 101

Alfonso García Figueroa:
Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli
Neo-constitutionalism: Two (or Three) Dogs for Just One Collar. Notes on Luigi Ferrajoli's Legal-Positivist Constitutionalism 121

Pág.

Andrea Greppi:
Semántica, pragmática y democracia
Semantics, Pragmatics and Democracy 139

Liborio L. Hierro:
Sobre la odisea constitucionalista de Luigi Ferrajoli
On the Constitutionalist Oddyssey of Luigi Ferrajoli's 153

Francisco Laporta:
Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo
On Luigi Ferrajoli and Constitutionalism 167

José Juan Moreso:
Antígona como* defeater. *Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli
Antigone as Defeater. On Luigi Ferrajoli's Guarantee-constitutionalism 183

Giorgio Pino:
Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos
Principles, Balancing, and the Separation between Law and Morals On neo-constitutionalism and its critics 201

Luis Prieto Sanchís:
Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias
Ferrajoli and Principle-constitutionalism. An Essay Interpreting Some Disagreements 229

María Cristina Redondo:
El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica
The Constitutionalist Paradigm of Legal Authority 245

Ángeles Ródenas:
Validez material y constitucionalismo garantista
Substantive Validity and Guarantee-constitutionalism 265

Alfonso Ruiz Miguel:
Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli
The Unsquared Accounts in Ferrajoli's Constitutionalism 275

Pedro Salazar Ugarte:
Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción
Guaranteeism and Neo-constitutionalism Face to Face: Some Proposals to Avoid Recurrent Misunderstandings 289

Pág.

Luigi Ferrajoli:
El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo
Guarantee-constitutionalism. Between Paleo-positivism and Neo-Natural Law Theory 311

Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero:
Un diálogo sobre principios constitucionales
A Dialog on Constitutional Principles 363

PRESENTACIÓN

UN DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO. A PROPÓSITO DE UN ESCRITO DE LUIGI FERRAJOLI

Manuel Atienza

Este número 34 de la Revista tiene una estructura distinta a la de todos los anteriores, porque está dedicado a un solo tema, el del constitucionalismo. Se trata, sin duda, de uno de los problemas más discutidos en los últimos tiempos (al menos, entre los filósofos del Derecho del mundo latino) y eso explica, en cierto modo, que en *Doxa* —que no es la primera vez que se ocupa del tema— lo presentemos bajo la forma de un debate en el que, como se verá, hasta el nombre —«constitucionalismo»— resulta polémico. El número, en efecto, se inicia con un escrito de FERRAJOLI, al que siguen 16 comentarios por parte de iusfilósofos de distintas orientaciones (pero todas o casi todas cabrían bajo el rótulo de «iusfilosofía analítica»), una contestación a los mismos por parte de FERRAJOLI y una entrevista que a este último le hace Juan RUIZ MANERO.

En *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* Luigi FERRAJOLI contrapone dos tipos de «constitucionalismo jurídico», entendida esta expresión (esta ambigua expresión) en el sentido de una teoría o filosofía del Derecho. El primero, el principialista o argumentativo, sería, en su opinión, al menos «tendencialmente», iusnaturalista y se caracterizaría por sostener la tesis de la conexión (intrínseca o necesaria) entre el Derecho y la moral; por la contraposición fuerte entre principios y reglas; y por atribuir un papel central a la ponderación en el ejercicio de la jurisdicción. Mientras que el constitucionalismo que él defiende, el normativo o garantista, niega esas tres tesis y, a diferencia del primero, sería una concepción positivista del Derecho; mejor aún, según FERRAJOLI, su concepción del Derecho —cuya completa exposición se encuentra en su monumental *Principia juris*— supone algo así como la culminación o el perfeccionamiento del positivismo jurídico. FERRAJOLI considera, por otro lado, que la primera de esas dos concepciones (comúnmente denominada «neoconstitucionalista») es la más difundida, y de ahí su empeño por poner de manifiesto sus debilidades teóricas y sus peligros prácticos. Por positivismo jurídico, por otro lado, entiende «una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como Derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia».

Quienes comentan el trabajo de FERRAJOLI se centran, como es lógico, en la manera cómo el autor de *Principia iuris* entiende esos tres grandes problemas de la teoría

del Derecho contemporánea; repitámoslos una vez más: la relación entre el Derecho y la moral, la contraposición entre principios y reglas, y la ponderación. Algunos de esos autores suscriben una concepción próxima a la de FERRAJOLI y efectúan ciertas críticas a su planteamiento que, por tanto, vienen a ser críticas «internas» en relación con el constitucionalismo o positivismo garantista. Pero la mayoría de los comentarios contienen críticas «externas» que tienden a situarse (con diversos grados de aproximación) en torno a dos polos, a los dos extremos, en relación con los cuales la teoría de FERRAJOLI podría considerarse como el centro: el positivismo jurídico, digamos, clásico, calificado por FERRAJOLI como «paleopositivismo»; y el postpositivismo, al que el iusfilósofo italiano presenta más bien como una forma de iusnaturalismo.

En la contestación final a los críticos (titulada, de manera muy expresiva, *El constitucionalismo garantista entre el paleo-positivismo y el neo-iusnaturalismo*), FERRAJOLI no modifica ninguna de sus tesis teóricas, pero quizás sí que sea posible encontrar en ese texto un cambio de actitud, en cuanto su autor parece reconocer que, al menos en relación con algunos de sus críticos, las diferencias teóricas podrían ser menos radicales de lo que pudiera parecer a primera vista y que, en todo caso, esas diferencias (en realidad, teóricas y metateóricas, pues muchas de ellas conciernen a la forma de entender la teoría del Derecho) son compatibles con un considerable grado de acuerdo en el plano político. Dicho de otra manera, no descarta que todos (o muchos) de los que participan en la polémica quieran lo mismo (o aproximadamente lo mismo: un Derecho comprometido con los valores del Estado de Derecho o, si se quiere, un liberalismo político con más o menos tintes sociales) y que la diferencia estribe más bien en la determinación de cuáles serían las herramientas teóricas y conceptuales más adecuadas para lograrlo.

La entrevista final (que es un fragmento de un texto notablemente más amplio que aparecerá próximamente en Trotta) ayudará sin duda al lector a hacerse una idea más cabal de los planteamientos de FERRAJOLI y puede arrojar también alguna luz sobre diversas cuestiones que aparecen en el debate. Y, en fin, aunque quienes participen en la polémica sean casi sin excepción filósofos del Derecho, los responsables de *Doxa* pensamos que se trata de una discusión que ha de interesar a un público amplio de juristas.

CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA*

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma III

RESUMEN. En este artículo, el autor presenta las diferencias más relevantes entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo garantista. En primer lugar, afirma que el constitucionalismo puede ser concebido de dos formas opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista o como su expansión o perfeccionamiento, realizando para llevar a cabo esta labor una revisión terminológica. En segundo lugar, el autor considera que si las constituciones incorporan principios de justicia de carácter ético-político desaparece el principal rasgo distintivo del positivismo jurídico: la separación entre Derecho y moral o entre validez y justicia. A continuación, considera al constitucionalismo garantista como un iuspositivismo reforzado, completando al Estado de Derecho porque comporta el sometimiento al Derecho y al control de constitucionalidad. En cuarto lugar, el autor afirma que la tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente algún «mínimo ético» no es más que la vieja tesis iusnaturalista, que termina por convertirse en la actual versión del legalismo ético que es el constitucionalismo ético, en virtud del cual los principios constitucionales se pretenden objetivamente justos. En quinto lugar, el autor realiza una crítica a la contraposición entre principios y reglas, en los que se basa una concepción de la constitución y del constitucionalismo opuesta a la concepción positivista y garantista. En sexto lugar, el autor afirma que la idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación genera un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política. Finalmente, el autor considera que el constitucionalismo conlleva un debilitamiento y virtualmente un colapso de la normatividad de los principios constitucionales, así como una degradación de los derechos fundamentales establecidos en ellas a meras recomendaciones genéricas de carácter ético-político.

Palabras clave: Ferrajoli, neoconstitucionalismo, garantismo, ponderación.

ABSTRACT. In this paper, the author introduces and elaborates on the most relevant differences between neoconstitutionalism and a version of constitutionalism that is essentially defined in terms of garantism. Firstly, he argues that constitutionalism can be conceived in two opposite ways: as a way to overcome legal positivism, thus with a certain tendency towards Iusnaturalism, or as the expansion or improvement of the former; for these purposes he commits himself to a revision of the standard terminology. Secondly, the author maintains that were the constitution to embody principles of justice of an ethical-political nature, then it will disappear the main distinctive feature of legal positivism: the separation between Law and morality or the separation between validity and justice. He considers that essentially garantist constitutionalism is a strengthened version of legal positivism: it completes a rule of Law system since it implies both submission to the Law and judicial review. Fourth, the author maintains that the argument that any legal system objectively meets some «ethical minimum» is nothing more than the old iusnaturalist claim. Ethical constitutionalism, for which constitutional principles are intended to be objectively fair, is thus the current version of ethical legalism. Fifth, the author objects to the distinction between principles and rules that underlies a conception of the constitution and of constitutionalism opposite to the positivist and garantist one. Sixth, the author claims that constitutional principles' being always weighted and not only applied threatens the independence of the jurisdiction and its political legitimacy.

* Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación 29 de noviembre de 2010.

And, finally, the author stresses that constitutionalism somehow implies both the undermining and virtual collapse of the normativity of the constitutional principles as well as the devaluation of fundamental rights to merely generic ethical-political recommendations.

Keywords: FERRAJOLI, neoconstitutionalism, garantismo, weighing.

1. EL CONSTITUCIONALISMO ENTRE IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. UNA PROPUESTA DE REVISIÓN TERMINOLÓGICA

Existen diversas concepciones de la constitución y del constitucionalismo jurídico. Un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos —incluido el legislativo— a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales. En este sentido, el constitucionalismo, como *sistema jurídico*, equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, como *teoría del Derecho*, a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.

Por otro lado, más allá de este tratamiento común, el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de «neoconstitucionalista», es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente «iuspositivista» [1], entendiendo por «positivismo jurídico» una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como «derecho» a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia [2].

---

[1] Luis PRIETO SANCHÍS ha señalado las diferencias más relevantes entre estas dos concepciones del constitucionalismo en «La teoría del derecho de Principia Iuris», en G. MARCILLA CÓRDOBA (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 15-42, y en *Id.,* «Principia iuris: una teoría del derecho no neo-constitucionalista para el Estado constitucional», en T. MAZZARESE (ed.), *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre* Principia iuris *de Luigi Ferrajoli*, en *Doxa,* núm. 31, 2008, 325-353. A estas intervenciones de PRIETO —como así también a la invitación de Luis STRECK a desarrollar una intervención sobre el constitucionalismo en el Congreso brasileño de Derecho constitucional, llevado a cabo en Curitiba los días 20-22 de mayo de 2010— debo el estímulo para escribir este ensayo. Agradezco a Tecla MAZZARESE sus penetrantes críticas y sus valiosos consejos, algunos de los cuales me indujeron a realizar relevantes precisiones, mientras que otros quedaron al margen porque son expresión de verdaderos disensos.

[2] Así, H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1959, parte primera, X, B, a, 115 (trad. cast. de E. GARCÍA MÁYNEZ, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1949): la «positividad» del Derecho «reside en el hecho de que es creado y anulado por actos de seres humanos»; *Id., Reine Rechtslehre* (1960), tr. it. de M. G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, cap. V, § 34, *i*, 247 (trad. cast. de R. J. VERNENGO, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979): «No se puede negar la validez de un ordenamiento jurídico positivo a causa del contenido de sus normas. Éste es un elemento esencial del positivismo jurídico»; H. L. A. HART,

Antes, sin embargo, me parece oportuno proponer una revisión terminológica. En los dos sentidos que acabo de distinguir, el constitucionalismo «jurídico» o, si se prefiere, el «ius-constitucionalismo», designa un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho, ambos ligados a la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo XX, tal como se afirmó con las constituciones rígidas de la segunda posguerra. Algo completamente distinto es el constitucionalismo «político» —moderno pero también antiguo— como práctica y como concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad [3]: en este sentido, tanto los límites a los pode-

---

The Concept of Law (1961), tr. it. de M. A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, cap. IX, § 1, 217 (trad. cast. de G. R. CARRIÓ, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968): «Entenderemos por positivismo jurídico la simple tesis según la cual no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan y satisfagan ciertas exigencias de la moral, aunque en la realidad hayan hecho esto»; *Id., Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), tr. it., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), en *Contributi all'analisi del diritto*, ed. de V. Frosini, Milano, Giuffrè, 1964, § 2, 119-120, nota, donde el segundo de los cinco posibles significados de positivismo se descubre como la «afirmación de que no existe conexión necesaria entre Derecho y moral». Recuérdese también la máxima hobbesiana, citada *infra* en la nota 37, *«authoritas non veritas»* —que equivale a decir la *forma* de producción y no el *contenido* producido— *«facit legem»*, en oposición a la máxima iusnaturalista *«veritas, non authoritas facit legem».* En cambio, la noción aquí formulada corresponde sólo en parte al primero y al segundo significado, y no corresponde en absoluto al tercer significado de «positivismo jurídico», de los que distingue N. BOBBIO en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, cap. V, 103-114. Precisamente: *a)* corresponde sólo en parte a la noción del positivismo como «aproximación al estudio del Derecho», con la cual tiene en común la tesis de que el jurista debe ocuparse sólo del «Derecho tal como es», y no del «Derecho tal como debe ser» moral o políticamente, pero se aleja de ella porque requiere también el estudio del «Derecho tal como debe ser» jurídicamente, que, en los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, forma parte del «Derecho tal cual es»; *b)* no corresponde enteramente a la noción del «positivismo jurídico» como «teoría», que describe el «Derecho como hecho», es decir, como el conjunto de las reglas «puestas directa o indirectamente por órganos del Estado», de la que se aleja, al no poderse admitir hoy, con el fin del monopolio estatal de la producción jurídica, su «común identificación [...] con la teoría estatalista del Derecho»; *c)* finalmente, no corresponde en absoluto al tercer significado atribuido por BOBBIO, el del positivismo como «ideología», según el cual el Derecho existente, sólo por esto, es también «justo»: concepción que, en realidad, no es en absoluto iuspositivista, está en contraste con las dos primeras y no ha sido sostenida nunca sino que, por el contrario, ha sido firmemente rechazada por todos los clásicos del positivismo jurídico: desde BENTHAM hasta AUSTIN, KELSEN, HART y el mismo BOBBIO.

[3] Es el sentido de, por ejemplo, Maurizio FIORAVANTI, quien identifica el constitucionalismo con un «movimiento de pensamiento» que «se afirma en el contexto del proceso de formación del estado moderno» y, al mismo tiempo, con «la segunda cara», el «segundo lado del Estado moderno europeo», junto con la «concentración del poder de *imperium* sobre el territorio» [M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 5, 90, 149; *vid.* también *Id., Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999 (trad. cast. de M. MARTÍNEZ NEIRA, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001)]. Análoga es la caracterización del constitucionalismo ofrecida por G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, Giappichelli, 1990, y la ofrecida por M. TROPER, «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* XVIII, 1, 1988, 61-62, y retomada por T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalimo», en *Id.* (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 11. Todavía más difundida es la noción de constitucionalismo propuesta por Mario Dogliani, quien subraya la continuidad del constitucionalismo moderno con «un conjunto de institutos [...] diseminados en el curso de los siglos en experiencias políticas muy diversas», tanto que es legítimo «ligar al constitucionalismo antiguo con el moderno, como diversas formas históricas [...] de una tradición milenaria que nunca cesó de reelaborar y experimentar su núcleo normativo» (M. DOGLIANI, «I diritti fondamentali», en M. FIORAVANTI (ed.), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 42). Véase también, de M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, donde se analizan los diversos significados de «constitución» y se reconstruyen las raíces antiguas y los itinerarios históricos del «constitucionalismo» político. Dicho brevemente, se trata, del «constitucionalismo» como conjunto de principios políticos que se remontan al pensamiento griego y a la experiencia romana, afirmados luego en el medioevo y, en particular, en el Derecho inglés: recuérdese el clásico ensayo sobre aquéllos de C. H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it., *Costituzionalismo antico*

res como las garantías de las libertades, son límites y garantías reivindicados y acaso realizados como límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos, y no, ciertamente, como límites y garantías *jurídicas internas* de los mismos. Sin embargo, es en oposición a esta noción política de constitucionalismo como se ha venido afirmando, en el léxico y en el debate filosófico-jurídico, la expresión «neoconstitucionalismo», referida a la experiencia jurídica de las actuales democracias constitucionales.

Por lo mismo, creo que la terminología corriente resulta, en varios aspectos, equívoca y engañosa. En primer lugar, lo es la expresión «constitucionalismo», cuyo empleo para designar una ideología, aun cuando realizada de hecho en ordenamientos dotados de sólidas tradiciones liberal-democráticas, hace de ella un término del léxico político antes que del léxico jurídico, y no permite evidenciar el cambio de paradigma producido en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional. Pero lo es todavía más la expresión «neo-constitucionalismo», puesto que, al referirse, en cambio —en el plano empírico— al constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, resulta asimétrica respecto del constitucionalismo político e ideológico antes aludido, que no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del Derecho, sino que es poco más que un sinónimo de Estado liberal de Derecho. Adicionalmente, dado que, en el plano teórico, la expresión «neoconstitucionalismo» se identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista del constitucionalismo, no capta sus rasgos esenciales y que lo distinguen de su concepción iuspositivista, la cual resulta, de hecho, ignorada[4]. Por último, también es equívo-

---

e moderno, con introducción de Nicola Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1990 (trad. cast. de J. J. SOLOZÁBAL, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991).

[4] El término «neoconstitucionalismo» —como recuerda Tecla MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalimo*, cit., 2, nota 2— ha sido introducido en el léxico filosófico-jurídico por algunos filósofos del Derecho genoveses: S. POZZOLO, «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretacion constitucional», en *Doxa,* 21, 1998, 355-370; *Id., Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; P. COMANDUCCI, «Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio», en *Studi in onore di Franca De Marini*, Milano, Giuffrè, 1999, 123-124; M. BARBERIS, «Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale», en *Ragion pratica,* 8, 2000, 147-162; *Id., Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (2003), 2.ª ed., Torino, Giappichelli, 2005, § 1.5, 27-41. Es fruto de una doble —y, a mi parecer, doblemente discutible— operación terminológica, que ilustran los trabajos antes citados y, más ampliamente, P. COMANDUCCI, «Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica», en T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo,* cit., 71-94. La primera operación es la identificación del «constitucionalismo moderno» como una «ideología orientada a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales» que «tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo» (P. COMANDUCCI, *Forme,* cit., 78): en suma, con el constitucionalismo político en el sentido ilustrado en la nota que precede. En este sentido, sin embargo, el constitucionalismo no es ni un modelo de Derecho ni un enfoque teórico distinto del positivismo jurídico. Por lo demás, la referencia empírica que señala COMANDUCCI (*ibid.,* 71-77) está en las constituciones europeas de los siglos XVIII y XIX y, en particular, en las italianas pre-unitarias y en el Estatuto albertino de 1848, que eran constituciones flexibles sin diferencia alguna formal con las leyes ordinarias, que por ello no alteraron el paradigma del Estado legislativo de Derecho ni mucho menos la teoría iuspositivista del Derecho asociada al mismo. La segunda operación consiste en designar con «neoconstitucionalismo» todas —y únicamente— las concepciones de la constitución y del constitucionalismo que se expresan en las formas del neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, según la distinción propuesta por BOBBIO para el positivismo jurídico, y abarcadas, aun cuando empíricamente referidas a las actuales constituciones rígidas, por la tesis de la «conexión necesaria entre Derecho y moral» (*ibid.,* 78-94). Identificado así el «constitucionalismo» con la ideología política liberal y el «neoconstitucionalismo» con la tesis anti-iuspositivista de la conexión entre Derecho y moral —en el plano teórico «concurrente con la positivista» o «alternativa» a ella (*ibid.,* 79)— el constitucionalismo iuspositivista no tiene espacio en esta clasificación, claramente mucho menos descriptiva por ser el fruto de la superposición del viejo enfrentamiento entre (neo)iusnaturalistas y (paleo)iuspositivistas a la reflexión sobre el constitucionalismo. Bien diversa ha sido la caracterización (no del «neoconstitucionalismo» sino simplemente) del «constitucio-

ca la expresión «positivismo jurídico», en el significado asociado a ella para subrayar su contraposición al (neo)constitucionalismo. En efecto, pues mientras se adopta una noción ampliada del constitucionalismo, del positivismo, por el contrario, se propone una noción restringida, a través de su identificación —antes que con la idea de la positividad del Derecho— con la idea de la primacía de la ley estatal y de los parlamentos y, por lo mismo, con el modelo paleo-positivista del Estado legislativo de Derecho[5]. De este modo, el (neo)constitucionalismo resulta concebido, antes que como un nuevo y más desarrollado paradigma iuspositivista, como una superación del propio positivismo, en sentido antipositivista.

Tal es la razón por la que creo oportuno adoptar y proponer una terminología diversa y una tipología correlativa, que hagan uso de términos homogéneos, referidos todos a la experiencia jurídica. Así, será conveniente utilizar la expresión «ius-constitucionalismo» o «constitucionalismo jurídico», o mejor aún «Estado constitucional de derecho» o simplemente «constitucionalismo», para designar —en oposición al «Estado legal» o «Estado legislativo de Derecho», privado de constitución o dotado de constitución flexible— al constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucionales, cualquiera sea su concepción filosófica y metodológica. En este sentido, el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad: ya sea la estadounidense y, más en general, americana, del *control difuso*, a través de la no aplicación de las leyes constitucionalmente inválidas, debida a la estructura federal de los Estados Unidos[6], o bien la europea del *control concentrado*, a través de su anulación, generada, en cambio, en el siglo pasado por el «nunca más» formulado frente a la experiencia de los totalitarismos fascistas.

Luego, podremos llamar *constitucionalismo iusnaturalista* y *constitucionalismo iuspositivista* a las dos concepciones del actual constitucionalismo jurídico, antes con-

---

nalismo» propuesta por Luis PRIETO SANCHÍS en *Constitucionalismo y garantismo*, México, Fontamara, 1997. También PRIETO había distinguido, paralelamente a la distinción bobbiana de los tres tipos de iuspositivismo, entre constitucionalismo «ideológico», «teórico» y «metodológico», pronunciándose, en el cap. V, § 2, «en favor de una teoría del Derecho y de un constitucionalismo positivista». Una lectura en términos iuspositivistas del (neo)constitucionalismo fue ofrecida también por T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo,* cit., § 1.4, 14-22; *Id.,* «Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism», en *Associations. Journal of Legal and Social Theory,* 6 (2), 2002, 233-260; *Id.,* «Juspositivismo y globalización del derecho. Qué modelo teórico», en J. I. MORESO y M. C. REDONDO (eds.), *Un dialogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 61-71; E. BULYGIN, *Tecla Mazzarese sobre el positivismo y la globalización del Derecho*, *ibid.,* 185-186; V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Napoli, Esi, 2004, 20-22. No obstante ello, la expresión «neo-constitucionalismo», en la acepción sustancialmente iusnaturalista más arriba ilustrada y pasivamente aceptada también por quienes defienden una lectura iuspositivista del constitucionalismo, entró en el uso corriente, hasta el punto de generar una abundante literatura que ha crecido sobre sí misma, e incluso llegó a dar el título a una serie de importantes volúmenes: además de T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo,* cit., M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* cit.; *Id.* (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; R. QUARESMA, M. L. DE PAULA OLIVEIRA y F. MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

[5] Cfr., por ejemplo, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo,* cit., 90-104; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, cap. II, § 6, 38 (trad. cast. de M. GASCÓN ABELLÁN, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995).

[6] A. BARBERA, «Le basi filosofiche del costituzionalismo», en *Id.* (ed.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, 11, que recuerda que fue la inmodificabilidad del pacto federal por parte del Congreso la verdadera razón por la que, en el famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803, el juez Marshall decidió la primera inaplicación de una ley en contraste con la Constitución.

trapuestas. Sin embargo, quienes sostienen una concepción anti-iuspositivista del constitucionalismo no siempre se consideran iusnaturalistas. Se declaran, más bien, no-positivistas o post-positivistas. En cambio, lo que tienen todos en común es que conciben gran parte de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales, como principios ético-políticos; y que adoptan una distinción cualitativa y estructuralmente fuerte de principios y reglas, los primeros objeto de argumentación y ponderación, las segundas objeto de aplicación en la forma de la subsunción. De otra parte, este segundo elemento, aun cuando, de hecho, es sostenido sobre todo por los iusnaturalistas [7], no está conceptualmente conectado al iusnaturalismo, pudiendo muy bien ser aceptado por los iuspositivistas [8].

Por ello, junto a la distinción entre constitucionalismo iusnaturalista (o no positivista) y constitucionalismo iuspositivista, será necesario formular y discutir una segunda y más importante distinción, coincidente sólo en parte con la primera, entre el que llamaré *constitucionalismo argumentativo o principialista* y el que cabe denominar *constitucionalismo normativo* o *garantista* [9]. La primera orientación está caracterizada

---

[7] *Vid., infra*, la nota 50, en la que se recuerdan los autores, todos iusnaturalistas, que sostienen una distinción cualitativa entre principios y reglas y los autores, preferentemente iuspositivistas, que sostienen, en cambio, una distinción sólo cuantitativa o de grado.

[8] Debo esta precisión a Tecla MAZZARESE. Ésta, por lo demás, aun siendo partidaria de una lectura iuspositivista del (neo-)constitucionalismo, sostiene la intrínseca indeterminación de los derechos fundamentales, semejante a la generalmente asociada a los principios en oposición a las reglas: cfr. T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo,* cit., § 3.1, en particular 38-39; *Id.,* «Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas», en *Doxa,* 26, 2003, 687-716, y, más ampliamente, *Id.,* «Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"», en imprenta en *Ragion pratica,* núm. 35, 2010, § 5. En este último ensayo pone de relieve una «triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales [...] que, justamente en razón de la íntima connotación axiológica de los derechos fundamentales, parece ser ineludible (§ 5.2): indeterminación en sus "criterios de individualización", en sus "criterios de interpretación" y en sus criterios de solución de sus posibles conflictos. En esta "intrínseca connotación axiológica" que "la noción de derechos fundamentales [...] tiene y no puede no tener"» (*ibid.*, § 5) —que, en cambio, queda excluida de mi noción formal y avalorativa tanto de éste como de cualquier otro concepto de la teoría del Derecho [*Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (2001), 3.ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2008, 5 ss. (ed. cast. de A. DE CABO y G. PISARELLO, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001); *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto* e *II. Teoria della democrazia* (en adelante, *PiI* y *PiII*), Roma-Bari, Laterza, 2007, Introduzione y § 11.1, 725-726] (trad. cast. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, M. GASCÓN ABELLÁN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I Teoría del derecho y II Teoría de la democracia,* Madrid, Trotta, 2001)— reside mi principal disenso con MAZZARESE, que se refleja también en la diversa concepción de los principios que enuncian derechos fundamentales.

[9] Extraigo las expresiones «principialismo» y «principialista» de L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, 65, y sobre todo de A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, § 1.2.4, 69, donde se denomina «principialismo» al «no positivismo» que concibe «las normas constitucionales referidas a derechos» como «principios considerados instrumentos idóneos para la vinculación del derecho a la moral, particularmente a través de la argumentación»; *Id., Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, *passim*. Expresiones análogas, pero en sentido crítico, son usadas por L. L. STRECK, *Verdade e Consenso. Constituicao, Hermeneutica e Teorias discursivas. Da possibilidade a necesidade de respostas corretas em direito*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, que dedica un largo parágrafo (§ 13.5, 475 ss.) a la crítica del «*panprincipiologismo em Terrae brasilis*», es decir, a la crítica de la tendencia de la jurisprudencia brasilera (sobre la cual véase *infra* la nota 73) a elaborar principios no formulados en la constitución, sino fruto únicamente de argumentaciones morales. La expresión «constitucionalismo garantista» para designar la «teoría jurídica de los límites del poder político» es usada, en cambio, por A. PACE, «Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo», en *Diritto pubblico,* 2003, núm. 3, 900.

por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al «quién» y al «cómo»), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al «qué» no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión.

En las páginas que siguen, ilustraré, en primer término, los rasgos que aun con diversos acentos, tienen en común las concepciones de los principales exponentes del constitucionalismo no iuspositivista y/o principialista. En primer lugar, la crítica que la mayor parte de ellos dirige al positivismo jurídico, a partir de la tesis de la conexión entre Derecho y moral, generada por la formulación de principios morales en las constituciones; en segundo lugar, la contraposición entre principios y reglas, como normas estructural y cualitativamente diversas; en tercer lugar, el rol central asignado a la ponderación de los principios en la actividad jurisdiccional (§ 2). Luego, indicaré los rasgos opuestos del constitucionalismo iuspositivista y garantista que, a mi parecer, hacen del constitucionalismo un nuevo paradigma de Derecho positivo y la base empírica de una nueva teoría del Derecho y de la democracia (§ 3). Finalmente, sobre esta base, dirigiré tres órdenes de críticas —en el plano filosófico-jurídico (§ 4), en el plano teórico conceptual (§ 5) y en el plano epistemológico (§ 6)— a las tesis del constitucionalismo principialista, poniendo en evidencia los peligros de una regresión premoderna del Derecho y de la cultura jurídica, generados por sus implicaciones pragmáticas (§ 7).

2. EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y/O NO POSITIVISTA

La tesis de que el constitucionalismo, con su pretensión de someter a las leyes a normas superiores estipuladas como inderogables, expresa una instancia clásica del iusnaturalismo, es una idea que resurge, sostenida desde que la expresión «constitucionalismo» pasó del léxico filosófico-político al léxico filosófico-jurídico [10]. Según esta tesis, el constitucionalismo equivaldría a una superación o, directamente, a una negación del positivismo jurídico, que ya no resultaría idóneo para dar cuenta de la nueva naturaleza de las actuales democracias constitucionales. Al haber incorporado las constituciones principios de justicia de carácter ético-político, como la igualdad, la dignidad de las personas y los derechos fundamentales, habría desaparecido el prin-

[10] N. Matteucci, «Positivismo giuridico e costituzionalismo», en *Rivista trimestrale di procedura civile,* XVII, 3, 1963, 1046.

cipal rasgo distintivo del positivismo jurídico: la separación entre Derecho y moral, o entre validez y justicia. La moral, que en el viejo paradigma iuspositivista correspondía a un punto de vista externo al Derecho, habría pasado ahora a formar parte de su punto de vista jurídico o interno [11]. Añadiré que esta concepción tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo es sostenida no sólo por los principales exponentes del constitucionalismo no positivista, como Ronald DWORKIN, Robert ALEXY, Carlos NINO, Gustavo ZAGREBELSKY y Manuel ATIENZA, sino también por algunos de sus críticos, como Michel TROPER, iuspositivista estricto, para quien el constitucionalismo es incompatible con el positivismo jurídico [12].

Hay después un segundo aspecto de esta concepción del constitucionalismo: la consideración de gran parte de las normas constitucionales —comenzando por los derechos fundamentales— no como reglas susceptibles de observancia o de inobservancia, sino, más bien, como principios que se respetan en mayor o menor medida y que, por ello, son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto entre sí, algo que ocurre a menudo. De ello se sigue el papel central asignado a la argumentación en la concepción misma del Derecho. «El derecho», afirma por ejemplo ATIENZA, «no puede ser entendido exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica social» [13]. Por otra parte —agrega— los derechos fundamentales son «valores» ético-políticos, de tal modo que no sólo el Derecho tiene una inevitable conexión con la moral, sino que, además, una teoría del Derecho dotada de capacidad explicativa y en condiciones de ofrecer criterios de solución para los casos difíciles, no puede dejar de incluir una teoría de la argumentación y de las prácticas argumentativas, en las que tales valores «juegan un papel determinante» [14]. Análogamente, recuerda ATIENZA, Ronald DWORKIN considera el Derecho «como una práctica interpretativa»; Robert ALEXY asocia al Derecho una «pretensión de corrección» y, por ende, una justificación moral propia, cualquiera que sea; mientras Carlos NINO considera que las normas jurídicas no son, por sí solas, razones justificativas autónomas de las decisiones, pues el razonamiento jurídico está abierto a las razones morales [15]. Por su parte, José Juan

---

[11] «En los sistemas constitucionales», escribe HABERMAS, «la moral ya no está suspendida en el aire, sobre el Derecho, tal como sugería la construcción del Derecho natural en los términos de un conjunto supra-positivo de normas; ahora la moral se introduce en el corazón mismo del Derecho positivo» [J. HABERMAS, *Recht und Moral (Tanner Lectures)* (1988), *Diritto e morale*, tr. it. de L. CEPPA, *Morale, diritto e politica*, Torino, Einaudi, 1992, 36].

[12] «Ahora está claro que el positivismo, en los tres sentidos de este vocablo» —que distingue Norberto BOBBIO— «es del todo incompatible con el constitucionalismo», que «parece estrictamente ligado a las doctrinas iusnaturalistas» (M. TROPER, *Il concetto di costituzionalismo,* cit., 63). Análoga es la posición de COMANDUCCI aquí recordada en la nota 4, que retoma la noción política y iusnaturalista de «constitucionalismo» expresada por MATTEUCCI y por TROPER.

[13] Cfr. M. ATIENZA, «Tesis sobre Ferrajoli», en *Doxa,* núm. 31, 2008, § 6, 215. Más ampliamente, las mismas tesis son desarrolladas por M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, §§ 5 y 6, 144-164; véase mi respuesta, «Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», *ibid*., §§ 2 y 3, 173-195; cfr. También mi *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, cap. 2, 23-38, en respuesta a las críticas de A. GARCÍA FIGUEROA y de M. IGLESIAS VILA, en M. CARBONELL y P. SALAZAR UGARTE (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, 267-284 y 77-104.

[14] M. ATIENZA, «Tesis sobre Ferrajoli», cit., § 6, 215. El término «valores», como ha observado críticamente ATIENZA, no figura entre mis términos teóricos y ni siquiera en el índice analítico de los argumentos de los dos volúmenes de mis *Principia Iuris* (*ibid.*).

[15] M. ATIENZA, «Tesis sobre Ferrajoli», cit., § 6, 215.

MORESO considera que la argumentación moral es esencial a la ciencia jurídica, siendo «una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales» y que, por ende, «incorporan la moral en el Derecho» [16].

Así pues, este constitucionalismo principialista y argumentativo, de clara matriz anglosajona, se caracteriza, por un lado, por el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; luego, por la tesis de que los derechos constitucionalmente establecidos no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción; y, en fin, por la consiguiente concepción del Derecho como una «práctica social» confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces. Bajo este último aspecto, puede registrarse una singular convergencia del constitucionalismo principialista o argumentativo con el realismo y también con el que podríamos denominar «neo-pandectismo», en cuanto minan la normatividad del Derecho en relación con los operadores jurídicos. En efecto, pues, según estas tres orientaciones, el Derecho es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos, y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas [17].

Ciertamente, esta tesis registra la fenomenología del Derecho como hecho; pero ignora su posible contraste con el Derecho como norma. Por ello es generalmente asumida no sólo como descriptiva, sino también de hecho como prescriptiva, es decir, como representación de la práctica jurídica no sólo tal «como es», sino también «como es justo que sea» y, en todo caso, como «no puede dejar de ser» [18]. De esta manera, la efectividad se confunde con la validez. Es en esta constante referencia a la práctica judicial, no sólo como criterio de identificación sino también como principal fundamento de legitimidad del Derecho, donde reside el otro elemento que el constitucionalismo argumentativo y principialista comparte no sólo con el realismo sino también con el neopandectismo; que igualmente enfatiza el rol de las praxis, es decir el «Derecho como hecho» más que «como norma» [19], y propone, como alternativa a la crisis de la ley —que se juzga irreversible [20]—, un renovado «rol de los juristas» [21], inspirado por una clara opción iusnaturalista [22].

---

[16] J. J. MORESO, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa,* núm. 31, 2008, § 4, 285.

[17] Es la tesis sugerida ya en el título del libro de M. ATIENZA, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006: cfr., *ibid.,* 33, 52-56, 214 y 222.

[18] La concepción del Derecho como «actividad» o como «práctica social», escribe por ejemplo ATIENZA, «significa, de alguna forma, poner en cuestión la distinción entre el ser y el deber ser, entre el discurso descriptivo y el prescriptivo» (*El derecho como argumentación,* cit., 53).

[19] Es la orientación expresada, ejemplarmente, por Paolo GROSSI, que interpreta los cambios del Derecho provocados por la globalización como un regreso a «un Derecho privado de los particulares»: «aquí no es la validez la que domina, sino su contraria, esto es la efectividad [...] Efectividad significa justamente esto: un hecho es de tal modo apropiado y conforme a los intereses de los operadores económicos, que ellos lo repiten y lo observan, no porque sea un espejo fiel de algo que está en lo alto sino porque tiene en sí mismo una fuerza (y, si queremos, una capacidad persuasiva) que lo hace merecedor de ser observado y, por lo tanto, de vida perdurable. Aquí el filtro no existe y no debe existir: son los hechos económicos los que cuentan; y cuentan tal como son: en bruto, informes, cargados de las escorias que las prácticas cotidianas depositan en ellos y que deben considerarse respetables porque, en su informalidad y plasticidad, pueden responder extraordinariamente a las variaciones del mercado según los tiempos y lugares» (P. GROSSI, «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», en *Id., Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, § 5, 288-290).

[20] «Código», escribe GROSSI con acentos que recuerdan la polémica pandectista contra la codificación, «significa la gran utopía y la gran presunción de un legislador (un legislador al que la legolatría ilustrada hizo

(Véase notas 21 y 22 en página siguiente)

3. EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO IUSPOSITIVISMO REFORZADO. POSITIVISMO JURÍDICO Y DEMOCRACIA

La concepción del constitucionalismo que he llamado «iuspositivista» o «garantista», es opuesta. El constitucionalismo rígido, tal como he escrito en varias ocasiones, no es una superación, sino que es, antes bien, un reforzamiento del positivismo jurídico, que se amplía a las opciones —los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales— a las que debe someterse la producción del derecho positivo. Es el fruto de un cambio de paradigma del viejo iuspositivismo, producido por el sometimiento de la producción normativa a normas de derecho positivo no sólo formales, sino también sustanciales. Por ello, el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de Derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad[23]. De esta manera, el constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los hombres: la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipotencia de la mayoría. Gracias a esto, la legalidad ya no es sólo, como en el viejo modelo paleo-iuspositivista, «condicionante» de la validez de las normas infra-legales, sino que ella misma está condicionada, en su propia validez, al respeto y a la actuación de las normas constitucionales. Así, el Derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no sólo se regulan las *formas*, como en el viejo paradigma formalista del paleo-positivismo, sino también los *contenidos*, a través de los límites y vínculos impuestos a ellos por el paradigma constitucional.

En este aspecto, cabe hablar de un nexo entre democracia y positivismo jurídico, que se consuma con la democracia constitucional. Este nexo entre democracia y positivismo jurídico resulta generalmente ignorado. Sin embargo, es preciso reconocer que sólo la rígida disciplina positiva de la producción jurídica está en condiciones de democratizar sus formas y sus contenidos. El primer iuspositivismo del Estado legislativo de Derecho equivale a la positivización del «ser» legal del Derecho, que permite

---

presuntuoso) de poder contener el universo jurídico en un texto, aun cuando articuladísimo y sensatísimo; al raspar un poco más a fondo se descubre aquello que es el nudo recóndito de toda la operación, el ejercicio de un control riguroso sobre la producción del Derecho» (*ibid.,* § 7, 291).

[21] P. Grossi, «Il diritto tra potere e ordinamento», en *Id., Società,* cit. § 12, 195: «creo firmemente que estamos adentrándonos en un tiempo histórico donde no puede más que crecer el rol de los juristas». Este rol también es diseñado sobre el modelo pandectista: «Pero el jurista, bien como científico o como juez, puede también considerarse en el deber de ser heredero de aquel personaje fecundo que, en la antigua Roma, en la civilidad sapiencial del segundo medioevo, en la larga experiencia del *common law* hasta hoy, se ha hecho lector de exigencias objetivas, ha advertido la misión de ordenarlas en la línea de una sentida ética de la responsabilidad y las ha traducido en principios y reglas de convivencia» (*ibid.,* 196).

[22] P. Grossi, «Aspetti giuridici della globalizzazione economica», en *Id., Società,* cit., § 7. 311-312: «Será necesario» que los juristas desarrollen «la conciencia de hombres de ciencia y de praxis unidos por la posesión de un cierto pensamiento, ciertos conocimientos, ciertas técnicas y también por la certeza del valor óntico del Derecho para la vida de una comunidad local o global». De lo cual queda claro el rasgo iusnaturalista de una concepción semejante: «Óntico es una palabra imponente, que incluso puede sonar oscura; quiere solamente destacar que el Derecho no es para la comunidad humana ni un artificio ni una limitación; pertenece, en cambio, a su misma naturaleza y debe, por tanto, expresarla debidamente» (*ibid.*, 312).

[23] Remito a *PiI*, § 9.2, 493, a *PiII*, § 13.8, 42-43, y a *Garantismo. Una discusión,* cit., § 2.1, 28.

la democratización de sus formas de producción, condicionando su validez formal a su carácter representativo, sobre el que se funda la dimensión *formal* de la democracia política. El segundo iuspositivismo, que es el del Estado constitucional de Derecho, equivale a la positivización del «deber ser» constitucional del Derecho mismo, que permite la democratización de sus contenidos, condicionando su validez sustancial a su coherencia con los derechos de todos que son los derechos fundamentales, en los que se funda la dimensión *sustancial* de la democracia constitucional. Gracias al primer positivismo jurídico se confió el «quién» y el «cómo» de la producción normativa a sujetos políticamente representativos de los gobernados. Merced al segundo, se vinculó el «qué» de las normas producidas a la garantía de los intereses y necesidades vitales de aquéllos. De este modo, el antiguo y recurrente contraste entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *derecho natural* y *derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la «ley de la razón» —aun cuando históricamente determinada y contingente— bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la «ley de la voluntad», que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría.

Por tanto, distinguiré tres significados del constitucionalismo positivista o garantista: como modelo o tipo de sistema jurídico, como teoría del Derecho y como filosofía política [24]. Como *modelo de Derecho*, el constitucionalismo garantista se caracteriza, con respecto al modelo paleo-positivista, por la positivización también de los principios a los que debe someterse la entera producción normativa. Así, se concibe como un sistema de límites y vínculos impuestos por constituciones rígidas a todos los poderes y garantizados por el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre su ejercicio: de límites impuestos en garantía del principio de igualdad y de los derechos de libertad, cuya violación por acción da lugar a *antinomias*, es decir a leyes inválidas que requieren ser anuladas mediante la intervención jurisdiccional; de vínculos impuestos esencialmente en garantía de los derechos sociales, cuyo incumplimiento por omisión da lugar a *lagunas* que deben ser colmadas por la intervención legislativa.

Como *teoría del Derecho*, el constitucionalismo positivista o garantista es una teoría que tematiza la divergencia entre deber ser (constitucional) y ser (legislativo) del Derecho. Con respecto a la teoría paleo-positivista, se caracteriza por la distinción y la virtual divergencia entre *validez* y *vigencia*, dado que admite la existencia de normas vigentes —por resultar conformes a las normas formales sobre su formación— pero que, sin embargo, son inválidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción. Por eso, el tema más relevante e interesante de la teoría es el Derecho constitucionalmente *ilegítimo*: por un lado, como ya he dicho, las antinomias

[24] Son los tres significados de «constitucionalismo» correspondientes a los tres significados de «garantismo» que he distinguido en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), 9.ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2008, cap. XIII (trad. cast. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, R. CANTARERO, A. RUIZ MIGUEL y J. TERRADILLOS, Madrid, Trotta, 9.ª ed., 2009). No está de más precisar que estos tres significados no tienen nada que ver con los tres significados de constitucionalismo distinguidos por COMANDUCCI (cfr. *supra* la nota 4), calcados sobre los significados de positivismo jurídico distinguidos por BOBBIO y aquí recordados en la nota 2.

provocadas por la indebida producción de normas inválidas que se hallan en contraste con la constitución y, en particular, con los derechos de libertad constitucionalmente establecidos; por otro, las lagunas provocadas por la omisión de producción de las leyes de actuación de las normas constitucionales y, en particular, (de las garantías) de los derechos sociales [25].

Finalmente, como *filosofía* y como *teoría política*, el constitucionalismo positivista o garantista consiste en una teoría de la democracia elaborada no como una genérica y abstracta teoría del buen gobierno democrático, sino, más bien, como una teoría de la democracia *sustancial*, además de *formal*, anclada empíricamente en el paradigma de Derecho ahora ilustrado. De ello resulta una teoría de la democracia como sistema jurídico y político articulado en cuatro dimensiones, correspondientes a las garantías de otras tantas clases de derechos constitucionalmente establecidos —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales—, que ahora equivalen no a «valores objetivos», sino, más bien, a conquistas históricamente determinadas, fruto de varias generaciones de luchas y revoluciones, y susceptibles de ulteriores desarrollos y expansiones. En garantía de nuevos derechos; como límites y vínculos a todos los poderes, incluidos los poderes privados; en todos los niveles normativos, incluidos los supranacionales y el internacional; para tutela de los bienes fundamentales además que de los derechos fundamentales [26].

En estos tres significados, el constitucionalismo equivale a un proyecto normativo que requiere ser realizado a través de la construcción de garantías idóneas e instituciones de garantía, mediante políticas y leyes de actuación. De ahí que, como he escrito en varias oportunidades, el garantismo sea la otra cara del constitucionalismo. Por otra parte, en ninguno de estos tres significados el constitucionalismo garantista admite la conexión entre Derecho y moral. Al contrario, la separación entre las dos esferas resulta confirmada por aquél tanto en el plano asertivo de la teoría del Derecho como en el plano axiológico de la filosofía política. En sentido asertivo o teórico, la separación es un corolario del principio de legalidad, que, en garantía de la sujeción de los jueces sólo a la ley, impide la derivación del Derecho válido del Derecho (que ellos

---

[25] Por esto hice referencia, a propósito del paradigma constitucional y garantista, al «iuspositivismo crítico» en oposición al «iuspositivismo dogmático», en *Diritto e ragione,* cit., cap. XIII, § 58.2, 912-922. El rol crítico de la ciencia jurídica frente al Derecho *jurídicamente* ilegítimo —consiguiente al dato de hecho de la divergencia entre deber ser y ser del Derecho mismo, generada por la supra-ordenación jerárquica de las constituciones rígidas respecto de la legislación ordinaria— ha sido extrañamente considerado por algunos en contraste con el positivismo jurídico: en este sentido, véanse V. GIORDANO, *Il positivismo,* cit., 42-49, y A. AMENDOLA, *I confini del diritto. La crisi della sovranità e l'autonomia del giuridico*, Napoli, Esi, 2003, 93-95. Semejante incomprensión se explica, a mi juicio, de un lado, como fruto de la identificación del paradigma del constitucionalismo rígido, señalada en la nota 4, con su interpretación, bajo la ambigua etiqueta «neoconstitucionalismo», en clave iusnaturalista; de otro, por la idea de que la avalorratividad es un requisito del positivismo jurídico y equivale, si es asociada a «teoría del Derecho», a su carácter «puro» (en sentido kelseniano) o «formal» (en sentido bobbiano). Para una crítica iuspositivista a la tesis de la avalorratividad de la ciencia jurídica, con referencia al actual paradigma constitucional, remito a mi «La pragmatica della teoria del diritto», en *Analisi e diritto. 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), Torino, Giappichelli, 2003, 351-375, trad. cast. en *Epistemología jurídica y garantismo*, México D. F., Fontamara, 2004, 109-139; a *PiI*, Introduzione, § 6, 26-32; a «Democrazia costituzionale e scienza giuridica», en *Diritto pubblico,* 2009, 1, 1-20.

[26] *PiII*, § 13.16, 82-86. Véase también mi «Per una Carta dei beni fondamentali», en T. MAZZARESE y P. PAROLARI (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide. Con un'appendice di carte regionali*, Torino, Giappichelli, 2010, 65-98.

suponen) justo y, en garantía de la autonomía crítica del punto de vista moral externo al Derecho, la derivación del Derecho justo del Derecho válido, aun cuando conforme a la constitución. En sentido prescriptivo o axiológico, la separación es un corolario del liberalismo político, que, en garantía de las libertades fundamentales, impide la utilización del Derecho como instrumento de reforzamiento de la (o sea de una determinada) moral, en todo aquello que no produce daño a otros. En el primer significado, la separación equivale a un límite al poder de los jueces y a su arbitrio moral; en el segundo equivale a un límite al poder de los legisladores y a su injerencia en la vida moral de las personas [27].

En síntesis, el constitucionalismo garantista se concibe como un nuevo paradigma iuspositivista del Derecho y de la democracia, que —en cuanto positivamente normativo en relación con la misma normación positiva, y en cuanto sistema de límites y vínculos sustanciales relativo al «qué», junto a los formales relativos al «quién» y al «cómo» de las decisiones— integra el viejo modelo paleo-iuspositivista. Gracias a él, los principios ético-políticos mediante los que se expresaban los viejos «derechos naturales» han sido positivados, convirtiéndose en principios jurídicos vinculantes para todos los titulares de funciones normativas; que ya no son fuentes de legitimación sólo externa o política, como según el viejo pensamiento político liberal [28], sino también fuentes de legitimación y, sobre todo, de deslegitimación, interna o jurídica, que diseñan la razón social de esos artificios en que consisten el Derecho y el Estado constitucional de Derecho. De este modo, la soberanía deja de existir como *potestas legibus soluta* en manos de órganos o sujetos institucionales, aun cuando estén investidos de representación. La misma «pertenece al pueblo», continúan afirmando todas las constituciones. Pero esta norma equivale a una garantía: significa, en negativo, que la soberanía pertenece al pueblo y a ningún otro, y ninguno —presidente o asamblea representativa— puede apropiarse de ella o usurparla. Y dado que el pueblo no es

---

[27] Sobre estos dos significados de la tesis de la «separación entre Derecho y moral», o bien entre Derecho y justicia, o entre Derecho y razón remito, a mis «La separazione tra diritto e morale», en *Sulla modernità, Problemi del socialismo,* 5, mag.-ag.1985, 136-160; *Diritto e ragione,* cit., cap. IV, § 15, 203-210; *PiII*, cap. XV, § 2, 309-321. De otra parte, por las implicaciones de estas tesis en relación con los problemas del aborto y de la tutela del embrión remito, a «Aborto, morale e diritto penale», en *Prassi e teoria,* 1976, 3, 397-418, y a «La questione dell'embrione tra diritto e morale», en *Politeia,* XVIII, 65, 2002, 153-168, trad. cast. en *Democracia y garantismo*, Miguel Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2008, 153-172.

[28] Es el «constitucionalismo» del que hablan MATTEUCCI, TROPER, COMANDUCCI y BARBERIS en los escritos citados más arriba. Recuérdense, por ejemplo, entre sus teorizaciones clásicas, B. CONSTANT, «Principes de politique», en *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1819), tr. it., *Principi di politica*, Roma, Editori Riuniti, 1970, 55 (trad. cast. de M. A. LÓPEZ, *Curso de política constitucional*, Madrid, Imprenta de la compañía, 1820): «La soberanía no existe más que en manera limitada y relativa. Donde comienzan la independencia y la existencia individual, se detiene la jurisdicción de esta soberanía. Si la sociedad sobrepasa este confín, se vuelve culpable tanto como el déspota que tiene como título solamente la espada exterminadora; la sociedad no puede exceder su competencia sin ser usurpadora, la mayoría sin ser facciosa»; *ibid.,* 60: «La soberanía del pueblo no es ilimitada; está circunscrita dentro de los confines que le trazan la justicia y los derechos de los individuos»; A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique* (1835-1840), tr. it., «La democrazia in America», en *Id., Scritti politici*, ed. de N. MATTEUCCI, vol. II, Torino, Utet, 1968, I, parte II, cap. VII, 297 (trad. cast. y ed. crítica de E. NOLLA, *La democracia en América*, Madrid, Trotta, 2010): «Existe una ley general que se ha hecho, o que al menos se ha adoptado, no sólo por la mayoría de este o aquel pueblo, sino por la mayoría de los hombres. Esta ley es la justicia. Así pues, la justicia representa el límite del Derecho de todo pueblo [...] Por tanto, cuando rechazo obedecer un ley injusta, no niego en absoluto a la mayoría el derecho de mandar; apelo solamente desde la soberanía del pueblo a la soberanía del género humano». Sobre la transformación, por obra de las constituciones rígidas, de estos límites iusnaturalistas en límites iuspositivistas, remito a *PiII*, § 13.6, 32-35.

un macro-sujeto sino la suma de millones de personas, la soberanía popular no es otra cosa que, en positivo, la suma de aquellos fragmentos de soberanía que son los derechos de todos.

Por tanto, el constitucionalismo positivista y garantista se diferencia del constitucionalismo no-positivista y/o principialista por el rechazo de sus tres elementos caracterizadores: *a)* la conexión entre Derecho y moral; *b)* la contraposición entre principios y reglas y la centralidad asignada a su distinción cualitativa; *c)* el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional. Son estos tres elementos los que someteré ahora a análisis, señalando otros tantos riesgos conectados con ellos: *a)* una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitivismo ético; *b)* el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; *c)* el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del Derecho, que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción.

4. A) UNA CRÍTICA AL ANTI-IUSPOSITIVISMO PRINCIPIALISTA Y A LA TESIS DE LA CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Justamente porque el constitucionalismo no es otra cosa que la positivización de los principios de justicia y de los derechos humanos históricamente afirmados en las cartas constitucionales, vale también para él —contrariamente a lo que consideran Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Atienza y Ruiz Manero— el principio iuspositivista de la separación entre Derecho y moral, contra la enésima, insidiosa versión del legalismo ético que es el constitucionalismo ético; es así puesto que el principio de la separación no quiere decir en absoluto que las normas jurídicas no tengan un contenido moral o alguna «pretensión de corrección». Ésta sería una tesis sin sentido, como tampoco tendría sentido negar que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral. También las normas y los juicios (a nuestro parecer) más inmorales e injustos son considerados «justos» por quien produce tales normas y formula tales juicios, y expresan, por ende, contenidos «morales», que, aunque (a nosotros nos) parezcan disvalores, son considerados «valores» por quien los comparte. Incluso el ordenamiento más injusto y criminal contiene, al menos para su legislador, una (subjetiva) «pretensión de corrección». Ello quiere decir que las constituciones expresan e incorporan valores ni más ni menos que cuanto lo hacen las leyes ordinarias. Lo que representa su rasgo característico es el hecho de que los valores expresados por ellas —y que, en las constituciones democráticas, consisten, sobre todo, en derechos fundamentales— son formulados en normas positivas de nivel normativo supra-ordenado al de la legislación ordinaria y, por ello, son vinculantes para esta última.

Por tanto, a partir de la obvia circunstancia de que las leyes y las constituciones incorporan «valores», no puede sostenerse la derivación de la tesis de una «conexión conceptual» entre Derecho y moral. Pero evidentemente esta tesis de la conexión es bastante más comprometedora. No equivale solamente al banal reconocimiento de la incorporación en los principios constitucionales de los «valores» considerados tales por el

legislador o por el constituyente o, incluso, por los operadores jurídicos. La «pretensión de corrección» de la que habla ALEXY no es en modo alguno una pretensión entendida solamente en sentido subjetivo [29]. Por el contrario, equivale a la pretensión de que las normas válidas «no tengan el carácter de la injusticia extrema», de modo que las «normas que son conformes al ordenamiento pierden validez jurídica... si son extremadamente injustas» [30], evidentemente en algún sentido objetivo. Por otro lado, el Derecho, afirma ZAGREBELSKY, consiste hoy en «la fusión de la ley con principios de justicia independientes» [31]. A su vez DWORKIN encuentra incomprensible que un juicio moral sea algo diverso de un juicio «realmente», «objetivamente» o «verdaderamente» moral: que, por ejemplo, el juicio «la esclavitud es injusta» sea algo distinto del juicio «la esclavitud es objetivamente o realmente injusta» [32]. MORESO sostiene que para fundar el universalismo de los derechos humanos es necesario asumir que existe una moral objetiva [33]. En todos

---

[29] En ausencia de esta pretensión, observa ALEXY, un sistema normativo no es ni siquiera un sistema jurídico [*Begriff und Geltung des Rechts* (1992), tr. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, cap. I, § 3.2, 33 y § 4.1, 34; cap. II, § 4.2.2, 64-65; cap. III, § 2.1, 94; cap. IV, 130 (trad. cast. de J. MALEN SEÑA, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994)]. Es la pretensión de corrección, afirma, lo que distingue, como criterio clasificatorio, un «ordenamiento de bandidos» de un «ordenamiento de los dominadores», aun cuando injusto (*ibid.,* 32). Está claro que esta tesis no contradice en absoluto la tesis iuspositivista de la separación; así como no la contradice, contrariamente a cuando considera ALEXY (*ibid.,* 80), la tesis también banal y sustancialmente equivalente de la así denominada «conexión débil», según la cual «subsiste una conexión necesaria entre el Derecho y *alguna* moral» (*ibid.,* cap. II, § 4.3.2, 78): esto es, cuando menos, la moral del legislador. «Este aspecto», reconoce por lo demás Alexy, «tiene poca relevancia práctica. De hecho, los sistemas jurídicos concretamente existentes tienen regularmente una pretensión de corrección aunque a veces con escasas justificaciones» (*ibid.,* 130-131). La tesis mucho más comprometida ensayada por ALEXY es la, claramente anti-iuspositivista, de la llamada «conexión fuerte», según la cual existiría «una conexión necesaria entre el Derecho y la moral *justa*» (*ibid.,* § 4.3.2, 78 y § 4.3.3, 80-85).

[30] R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto,* cit., cap. IV, 132-133; cfr. también, *ibid.,* cap. II, § 4.2.1, 39 y ss., y § 4.2.2, 65; cap. III, § 1.2, 92-93. Se trata, en sustancia, de la clásica fórmula enunciada tras de los horrores del nazismo por Gustav RADBRUCH y retomada por ALEXY (*op. cit.*, cap. II, § 4.2.1, 39 y ss.), según la cual la ley positiva pierde validez cuando su injusticia alcance una «medida intolerable» [*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Rechts* (1946), tr. it., en A. G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI y M. JORI, *Filosofia del diritto*, Milano, Cortina, 2002, 157-158]. Recuérdese también el pasaje de HABERMAS transcripto en la nota 11.

[31] G. ZAGREBELSKY, «Introduzione a R. Alexy», *Concetto e validità del diritto,* cit., XIX; *Id., Il diritto mite* cit, § 4, 162: «En presencia de principios la realidad expresa valores y el Derecho vale como si rigiese un Derecho natural [...] El Derecho para principios encuentra el Derecho natural»; *Id., La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. I, § 2, 24: «La relación con la justicia es constitutiva del concepto mismo de ley».

[32] R. DWORKIN, *A Matter of Principle* (1985), tr. it., *Questioni di principio*, Milano, Il Saggiatore, 1990, 211-215. De aquí la famosa tesis normativa de la «única solución correcta», sostenida por R. DWORKIN, *No right Answer?* (1978), tr. it., «Non c'è soluzione corretta?», en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1983, núm. 2, 469-501, por otro lado, en singular contraste con la ampliación de la discrecionalidad judicial promovida, como se verá en el § 6, por el rol central que se asigna a la ponderación en la aplicación de los principios. Me limito a recordar, entre las muchas críticas a esta tesis: R. GUASTINI, «Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica», *ibid.*, 449-467; E. BULYGIN, «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos» (1982), en C. E. ALCHOURRON y E. BULYGIN, *Analisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, § 4, 186 y 189, que muestra cómo las «proposiciones de Derecho» discutidas por DWORKIN (por ejemplo, «el contrato de Pedro es válido», «la conducta de Juan en tal ocasión constituye un delito») «no son ni reglas ni enunciados externos», sino que «tienen propiedades de ambas», siendo «normativas (prescriptivas) pero al mismo tiempo verdaderas o falsas», si bien «esas propiedades sean incompatibles»; con la consecuencia de que «son ininteligibles»; A. PINTORE, Il *diritto senza verità*, Torino, Giappichelli, 1996, 167-172, que ve en la tesis dworkiniana «un óptimo ejemplo de versión ontológica y metafísica de teoría coherentista del Derecho»; V. GIORDANO, *Positivismo,* cit., 148-176.

[33] J. J. MORESO, «El reino de los derechos y la objetividad de la moral» (2002), en *Diritti umani e oggettività della morale*, E. Diciotti (ed.), Siena, DiGips, 2003, 9-40. *Vid.*, sobre este ensayo, las puntuales críticas de B. CELANO, *Commenti a José Juan Moreso*, *ibid.,* 41-85.

los casos, escribe ATIENZA, el constitucionalismo argumentativo o principialista importa una concepción objetivista de la moral [34].

Pero, a su vez, una concepción objetivista de la moral remite a una concepción cognoscitivista de la misma. En pocas palabras, supone el cognoscitivismo ético [35]. «Cuanto más extrema sea la injusticia», escribe ALEXY, «tanto más seguro es su conocimiento» [36]. De este modo, el criterio de reconocimiento de las normas válidas vuelve a ser, al menos en parte, el expresado por la vieja máxima del *Common Law* inglés: *veritas, non auctoritas facit legem*, en oposición a la máxima hobbesiana *autorictas non veritas facit legem* [37].

De aquí se sigue una concepción del constitucionalismo que, con paradoja, genera el riesgo de acarrear un debilitamiento de éste, precisamente en el plano moral y político. En efecto, más allá de las intenciones de sus defensores, una concepción semejante se resuelve en la transformación del constitucionalismo en una ideología anti-liberal,

---

[34] «El enfoque del Derecho como argumentación está comprometido con un objetivismo mínimo en materia de ética» (M. ATIENZA, *El derecho como argumentación,* cit., 53). ATIENZA ve un segundo tipo de conexión en el hecho de que el punto de vista interno al Derecho del que habla Herbert HART puede concebirse como el producto de una aceptación moral: «No basta con saber que N es una norma jurídica para concluir que se debe hacer lo que N ordene. En definitiva, necesitamos una premisa práctica, la que señala que se deben obedecer las normas jurídicas, y que, naturalmente, es una premisa de naturaleza moral» (*ibid.*, 245). «El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido», había escrito M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, 112, «no puede hacerse sin recurrir a la moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (a diferencia de lo que opinaba HART) implica necesariamente un juicio moral». Una tesis análoga es sostenida por S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999. Pero esta es la cuestión de la obligación política, la que, como observó PRIETO, es una cuestión perteneciente a la teoría moral o política y no a la teoría del Derecho (*Constitucionalismo y positivismo*, cit., 12); un problema, ha escrito a su vez GUASTINI, perteneciente «al horizonte ideológico del legalismo, pero del todo extraño al positivismo jurídico» [*Dalle fonti alle norme* (1990), 2.ª ed., Torino, Giappichelli, 1992, 277-278]. Véanse también, contra esta interpretación del «reconocimiento» hartiano como «acto de interiorización», A. CATANIA, *Il riconoscimento e le norme. A partire da Herbert L. A. Hart* (1979), ahora en *Id., Stato, cittadinanza, diritti*, Torino, Giappichelli, 2000, 43-73; R. GUASTINI, «Conoscenza senza accettazione», en L. GIANFORMAGGIO y M. JORI (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, 407-433.

[35] Sobre los diversos modos de concebir la objetividad de la moral, no todos acompañados de la adhesión al cognoscitivismo ético, *vid.* la compilación de ensayos de G. BONGIOVANNI (ed.), *Oggettività e morale. La riflessione etica del Novecento*, Milano, Mondadori, 2007. *Vid.* también M. LALATTA COSTERBOSA, *Il diritto come ragionamento morale. Saggio sul giusnaturalismo contemporaneo e le sue applicazioni bioetiche*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007. El análisis de estas diversas concepciones, muchas de las cuales parecen proponer justificaciones racionales más que estrictamente objetivistas de los juicios morales, no entra, obviamente, en la economía de esta intervención.

[36] R. ALEXY, *Concetto,* cit., cap. II, § 4.2.1.4, 53.

[37] *«Doctrinae quidem verae esse possunt; sed authoritas non veritas facit legem»* [T. HOBBES, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, trad. latina, en *Leviatano*, con texto inglés de 1651 al frente y texto latino de 1668, Raffaella Santi (ed.), Milano, Bompiani, 2001, cap. XXVI, § 21, 448 (trad. cast. de C. MELLIZO, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1989)]. «No es la sabiduría, sino la autoridad la que crea la ley», contestaba HOBBES a sir Edward COKE, que sostenía, en cambio, que «*"nihil quod est contra rationem est limitum",* o sea que no es ley lo que es contrario a la razón» y que «el Derecho común mismo no es otra cosa que razón», y repetía la antigua máxima ciceroniana *«lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens»* [*A Dialogue between a Philospher and a Student of the Common Laws of England* (1681), tr. it., *Dialogo fra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, en *Id., Opere*, N. BOBBIO (ed.), Bologna, Utet, 1959, I, 397, 395 y 417 (trad. cast. de M. A. RODILLA, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Madrid, Tecnos, 1992)]. En cambio, «Derecho», según la concepción iuspositivista de HOBBES, es, sólo «lo que quien o quienes tienen el poder supremo ordinario sobre sus súbditos, proclaman en público, ordenando en claras palabras lo que pueden y no pueden hacer» (*ibid.,* 418).

cuyos valores pretenden imponerse a todos —moralmente, y no sólo jurídicamente— por ser de algún modo «objetivos», «verdaderos» o «reales». Por tanto, el resultado final del cognoscitivismo ético es, de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes [38]: si una tesis moral es «verdadera», no es aceptable que no sea compartida por todos e incluso que no sea impuesta a todos en la forma del Derecho, del mismo modo en que no es tolerable que haya quien no comparta que 2+2 = 4. Bajo este aspecto, el objetivismo y el cognoscitivismo moral más coherentes son, sin duda, los expresados por la moral católica. Por lo demás, desde el punto de vista meta-ético la prueba del carácter absoluto de cualquier concepción objetivista de la moral está dada por el hecho de que ninguna ética de tipo objetivista y/o cognoscitivo se halla en condiciones de refutar ninguna otra ética diversa que se pretenda, también ella, objetivista y cognoscitivista. Por ejemplo, la ética objetivista laica expresada por muchos exponentes del constitucionalismo no positivista, no está en condiciones de refutar, en su terreno, a la ética católica con su pretensión de imponer sus preceptos a través del Derecho. Una ética semejante sólo puede ser cuestionada refutando el cognoscitivismo y el objetivismo éticos, en cuanto carentes de referencias empíricas y por ser incompatibles, en el plano meta-ético, con una concepción laica no sólo del Derecho sino también de la moral. En efecto, una ética objetiva es, inevitablemente, una ética heterónoma, asimilable más bien al Derecho —no es casual que la ética católica se auto-represente como «derecho natural»—, mientras, para una ética laica la autenticidad del comportamiento moral reside en su carácter espontáneo y autónomo, como fin en sí mismo.

En resumen, la tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente alguna «pretensión de corrección» y algún «mínimo ético» —de modo tal que Derecho y moral estarían conectados, y la justicia, al menos en una mínima medida, sería un rasgo necesario del Derecho y una condición de validez de las normas jurídicas—, no es más que la vieja tesis iusnaturalista. Pero al mismo tiempo es una tesis que, en el constitucionalismo anti-positivista, termina por convertirse en la actual versión del legalismo ético que es el constitucionalismo ético, en virtud del cual los principios constitucionales se pretenden objetivamente justos [39]. En ambos sentidos, se trata de una tesis exactamente opuesta a la iuspositivista de la separación, según la cual la existencia o la validez de una norma no implica en absoluto su justicia, y ésta no implica en absoluto su validez, que no es otra cosa que un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente [40]. Tampoco las constituciones, en virtud de

---

[38] Para una crítica más profunda del carácter ideológico y/o anti-liberal del objetivismo y del cognoscitivismo moral, tal como se manifiestan, en particular, en la concepción del universalismo de los derechos humanos como un universalismo ontológico (por «naturales») o, peor aún, consensualista (por «compartidos» por todos, o de los que es legítimo pretender que sean compartidos por todos), remito a *PtII*, § 13.11, 57-61, § 15.2, 309-314 y § 16.18, 567-572. Sobre el fundamento liberal y, por ello, ético, de una meta-ética no cognoscitivista, cfr. U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982.

[39] Es lo que ha señalado L. PRIETO, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., 27 y 28. *Vid.* también la convergencia de carácter estructural entre iusnaturalismo y legalismo ético, de la que habla HART y que, como él recuerda (*Il positivismo,* cit., § 1, 113-114), fue tomada del pensamiento de BLACKSTONE por J. BENTHAM, «A Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries» (1776), en *Works of Jeremy Bentham*, J. BOWRING (ed.), New York, Russell and Russell, 1962, vol. I, cap. V, 221, 294.

[40] Al respecto, recuérdense las clásicas formulaciones en H. KELSEN, *Teoria generale del diritto,* cit., parte I, cap. I, A, 3-14 y cap. III, B y C, 53-54; en H. L. A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., 105-166; y en N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965.

la primera negación, pueden pretenderse objetivamente justas sólo porque tales: bien pueden darse normas constitucionales (que algunos de nosotros consideramos) injustas (por ejemplo el derecho de «tener y portar armas», previsto en la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, o el art. 7 de la constitución italiana sobre la regulación mediante concordato de las relaciones entre el Estado y la iglesia católica) y que como tales son (por algunos de nosotros) moral y políticamente cuestionadas. A la inversa, en virtud de la segunda negación, una solución (considerada) justa de un caso difícil, si no está basada en normas de derecho positivo sino que sólo lo está sobre principios morales, no es una solución jurídicamente válida.

Por tanto, el constitucionalismo iuspositivista y garantista, aun teorizando la dimensión estática injertada en el positivismo jurídico por las normas sustanciales de las constituciones, rechaza la tentación de volver a confundir Derecho y moral, incluso bajo la forma del *constitucionalismo ético*. Admitirá siempre, como punto de vista autónomo del Derecho y sobre el Derecho, el punto de vista externo a él de la moral y de la política, que es el punto de vista crítico de cada uno de nosotros, también frente a las normas constitucionales. Pero es justamente esta separación la que constituye el fundamento de todo liberalismo y de la misma democracia constitucional. Justamente porque el constitucionalismo democrático reconoce y pretende tutelar el pluralismo moral, ideológico y cultural que recorre toda sociedad abierta y mínimamente compleja, la idea de que éste se funde en alguna objetividad de la moral o que exprese alguna pretensión de justicia objetiva, choca con sus mismos principios, a comenzar por la libertad de conciencia y de pensamiento. El no-cognoscitivismo ético y la separación entre Derecho y moral, que forman el presupuesto del constitucionalismo garantista, son, por ello, el presupuesto y al mismo tiempo la principal garantía del pluralismo moral y del multiculturalismo, es decir, de la convivencia pacífica de las muchas culturas que concurren en una misma sociedad. Pero son también el presupuesto y la principal garantía de la sujeción de los jueces a la ley y de su independencia, frente al *cognoscitivismo ético-judicial*, proveniente de la extraña idea dworkiniana de que existe siempre una «única solución justa» o «correcta», identificada de hecho con la más constatada y difundida en la práctica jurisprudencial.

De otro lado, la alternativa al cognoscitivismo ético no es en absoluto el puro emotivismo. No debemos confundir el objetivismo y el cognoscitivismo con la argumentación racional: la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más «verdadera» que la solución opuesta. Por ejemplo, la tesis hobbesiana que ve el fundamento racional de la limitación de la libertad salvaje, propia del estado de naturaleza, en la salvaguardia de la vida y de la paz, no es más «verdadera» que la tesis sostenida por Max STIRNER, que, contrariamente, funda la ausencia de límites a la libertad salvaje en el valor de la ley del más fuerte, incluso a costa de la violencia y de la guerra. De igual modo, los principios ético-políticos positivizados en las constituciones pueden muy bien ser argumentados racionalmente y reivindicados y defendidos como «justos» —porque, en hipótesis, en la mayor parte garantizan la

---

La tesis se remonta a BENTHAM y a AUSTIN: cfr. J. BENTHAM, *A Fragment,* cit., 227-238, que en polémica con BLACKSTONE distingue entre Derecho *«as it is»* y Derecho *«as it ought to be»;* J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), London, Library of Ideas, 1954, Lect. V, 184: *«The existence of law is one thing; its merit or demerit is another».*

igualdad, la dignidad de la persona y la convivencia pacífica [41]—, sin que con ello se pretenda que sean considerados o aceptados por todos como «justos» por ser «objetivos» o «verdaderos». Y el argumento de que sin un fundamento objetivo los mismos carecerían de todo fundamento (evidentemente objetivo), no es un argumento, sino una petición de principio.

Por otra parte, la separación entre Derecho y moral, lejos de ignorar el punto de vista moral y político sobre el Derecho, permite fundar en él no sólo la autonomía sino también la primacía sobre el punto de vista jurídico interno, como punto de vista de la crítica externa, de la proyección y de la transformación institucional, y también, si la ley es considerada intolerablemente inmoral, como fundamento del deber moral de la desobediencia civil [42]. Tras la idea de la inadmisibilidad de la ley intolerablemente injusta hay, en realidad, paradójicamente, un excesivo obsequio al valor de la ley en cuanto tal, que inhibe la simple resistencia contra el derecho injusto, como también la asunción de la responsabilidad moral de la desobediencia aun a costa de las sanciones jurídicamente establecidas para ella [43].

Por otra parte, la tesis de la separación, al mantener en pie no sólo la distinción, sino también la divergencia entre justicia y validez, contribuye a evitar que se incurra en las falacias opuestas provenientes de su confusión: la falacia *iusnaturalista*, que consiste en la identificación (y en la confusión) de la validez con la justicia, en algún sentido objetivo de este segundo vocablo, y la falacia *ético-legalista*, que consiste, también en la variante del constitucionalismo ético, en la opuesta identificación (y confusión) de la justicia con la validez. Al mismo tiempo, sólo el enfoque iuspositivista sirve para evidenciar el carácter jurídicamente normativo de la constitución, en cuanto supraordenada a cualquier otra fuente, y, por ende, las otras dos virtuales divergencias deónticas —entre *validez* y *vigencia* y entre *vigencia* y *efectividad*—, cuyo desconocimiento se halla en el origen de otras dos graves falacias: la *normativista*, que impide —como en la teoría de KELSEN— reconocer la existencia de normas inválidas aunque vigentes, y la falacia *realista*, que, en cambio, impide reconocer la existencia de normas válidas aunque inefectivas, o de normas inválidas aun cuando efectivas.

---

[41] He propuesto una argumentación racional de «qué derechos» está justificado estipular como fundamentales en «I fondamenti dei diritti fondamentali», en *Diritti fondamentali,* cit., 279-370.

[42] En *Diritto e ragione,* cit., § 60.1, he sostenido «la primacía axiológica de lo que he llamado punto de vista externo», es decir del punto de vista de la moral y de la política, «respecto al punto de vista interno del sistema politico»

[43] *PiII*, § 13.20, 101-102. Recuérdense, sobre todo, las palabras de H. L. A. HART, *Il positivismo e la separazione,* cit., cap. IV, que a propósito de la fórmula de RADBRUCH ve «una buena dosis de ingenuidad en considerar que la insensibilidad a las exigencias de la moral y el servilismo hacia el poder del Estado, en un pueblo como el alemán, pueden ser el fruto de la creencia de que "la ley es la ley" [...] Es más, hay algo más inquietante que la simple ingenuidad en la manera de RADBRUCH de presentar las cuestiones a las que da lugar la existencia de leyes moralmente inicuas», y es «la enorme sobrevaloración de la importancia que él da a la cuestión» de la calificación de una ley «como norma jurídica válida», casi como si la validez de la ley dispensase de la obligación moral de la desobediencia y de la resistencia (146-147). Y más aún: «Si nosotros adoptamos el punto de vista sostenido por RADBRUCH [...] terminamos volviendo confusa una forma de crítica moral que debe a su simplicidad la mayor eficacia. Si queremos hablar claro [...] entonces debemos decir que las leyes pueden ser jurídicamente válidas, pero que si son inicuas, entonces no deben ser observadas. Y ésta es una forma de protesta moral comprensible por cualquiera y que requiere de la conciencia moral una pronta y segura adhesión» (*ibid.*, 151). Incisivamente, R. GUASTINI, «Diritto mite, diritto incerto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1996, 2, 515: «No hay una obligación moral de obedecer a las normas jurídicas, ni obligación jurídica alguna de obedecer a las normas morales».

Estas divergencias, y en particular la existente entre el «deber ser constitucional» y el «ser» legislativo del Derecho, no pueden ser reparadas por la interpretación moral y la ponderación judicial, tal como lo pretenden ahora las doctrinas del constitucionalismo argumentativo. En el modelo del constitucionalismo iuspositivista, la reparación de las lagunas y de las antinomias en las que aquéllas se manifiestan no se confía al activismo interpretativo de los jueces, sino sólo a la legislación, y, por ello, a la política, en lo que se refiere a las lagunas, y a la anulación de las normas inválidas —y por tanto a la jurisdicción constitucional—, en lo que se refiere a las antinomias [44]. Ciertamente, los jueces deben interpretar las leyes a la luz de la Constitución, ampliando o restringiendo su alcance normativo de acuerdo con los principios constitucionales: derivando normas y derechos implícitos del sistema de los derechos establecidos, excluyendo las interpretaciones no plenamente compatibles con la constitución y, obviamente, aplicando directamente las normas constitucionales en todos los casos en los que no se requieren leyes de actuación. Pero es ilusorio suponer que los jueces puedan colmar las que he denominado «lagunas estructurales» y suplir la *interpositio legis* necesaria para la introducción de las garantías. Como mucho, pueden evidenciar las lagunas: los jueces constitucionales pueden hacerlo mediante indicaciones al parlamento, tal como se prevé en el art. 283 de la Constitución portuguesa y en el art. 103 § 2 de la Constitución brasileña; los jueces ordinarios, disponiendo alguna forma de satisfacción o reparación, en el caso concreto de que conozcan. De hecho, casi todos los derechos fundamentales requieren leyes de actuación idóneas para asegurar a todos las garantías primarias: los derechos a la educación y a la salud serían letra muerta sin la introducción, por vía legislativa, de la escuela pública y de la asistencia sanitaria gratuita para todos; hasta el derecho a la vida permanecería inefectivo, en virtud del principio de legalidad penal, sin la previsión del homicidio como delito. Y esto, como veremos, es independiente de su formulación en forma de principios o de reglas.

5. B) UNA CRÍTICA A LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS. EL DEBILITAMIENTO DE LA NORMATIVIDAD DE LAS CONSTITUCIONES

Llego así al segundo de los tres aspectos del constitucionalismo principialista que señalé antes, en los que se basa una concepción de la constitución y del constitucionalismo opuesta a la concepción positivista y garantista recientemente ilustrada: la distinción entre reglas y principios, tal como ha sido formulada por Ronald DWORKIN [45] y que Robert ALEXY considera como «uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales» [46]. Según esta distinción, se afirma, las normas

[44] Lenio Luiz STRECK considera que el constitucionalismo democrático es incompatible con el activismo judicial desvinculado de las disposiciones legales, estando los jueces obligados a aplicar la ley salvo que la consideren en todo o en parte inconstitucional. La sujeción del juez a la ley, añade, es un derecho fundamental del ciudadano (*Verdade e Consenso,* cit., 561-562).

[45] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), tr. it., *I diritti presi sul serio*, ed. de G. REBUFFA, Bologna, Il Mulino, 1982, 90-121 (trad. cast. M. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984).

[46] R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), tr. cast., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III, § 1, 82, donde se adopta «norma» como término de género y «principios» y «reglas» como términos de especie (*ibid.,* 83).

constitucionales que formulan objetivos políticos y/o valores morales y/o derechos fundamentales, tienen la forma de principios y no de reglas. Y mientras las reglas se aplican a los casos previstos por ellas, los principios —caracterizados generalmente no sólo por la mayor importancia, sino también por una mayor indeterminación y por un carácter más genérico— se respetan, se pesan y se comparan entre sí, tanto más si, como generalmente ocurre, entran en conflicto entre ellos. Las reglas, escriben Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, describen los casos en que son aplicables en forma cerrada y son «razones perentorias para la acción»; los principios se conciben, en cambio, de forma abierta y son razones para la acción, no perentorias sino ponderables con otras razones o principios [47]. De modo diverso a lo que sucede con las reglas, añade Gustavo ZAGREBELSKY, que prevén hechos típicos subsumibles en ellas, los principios carecen de supuestos de hecho [48] y, por eso, no son aplicables sino sólo ponderables. Me parece que a esta distinción se ha asociado un alcance empírico y explicativo que va mucho más allá de su fundamento teórico, por lo demás, incierto y problemático, al ser inciertos y heterogéneos tanto la noción de «principio» como el significado y la consistencia conceptual de la distinción misma [49]. En efecto, pues según una primera orientación, que reúne a los principales exponentes del constitucionalismo principia-

---

[47] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, cap. I; cfr. También *Id.,* «Tre approcci ai principi del diritto», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto.* 1993, Torino, Giappichelli, 1993, 9-29.

[48] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite,* cit., cap. VI, 149; *Id.,* «Introduzione a R. Alexy», *Concetto e validità del diritto*, cit., XX; *Id., La legge e la sua giustizia,* cit., cap. VI, 205-236. Una tesis análoga, según la cual la aplicación de las reglas, a diferencia de la de los principios, consiste en la «subsunción de un concepto de especie (supuesto concreto) en un concepto de género (supuesto abstracto)» fue sostenida por Letizia GIANFORMAGGIO, «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi» (1984), en *Id., Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986, ahora en *Id., Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, ed. de E. DICIOTTI y V. VELLUZZI, Torino, Giappichelli, 2008, § 3, 178. Pero esta diferencia, agregaba GIANFORMAGGIO, «emerge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación [...] Quiero decir que la distinción entre reglas y principios pertenece a la lógica jurídica en cuanto lógica de los juristas, y no a la lógica jurídica en cuanto lógica del Derecho; es decir a la problemática de las relaciones entre los elementos de un razonamiento jurídico, y no entre los elementos de un sistema jurídico» (*ibid.,* 179). Análogamente, Paolo COMANDUCCI entiende que la consideración de una norma como regla o como principio no depende de sus connotaciones intrínsecas ontológicas o estructurales, sino que se sigue de la interpretación del enunciado que la expresa («Principi giuridici e indeterminazione del diritto», en *Id., Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, cap. VII, § 2.1, 84-85).

[49] Riccardo GUASTINI brinda una lista con cinco diversas caracterizaciones de los principios proporcionadas por la literatura, todas ellas reunidas por la idea de que «existe un único tipo de principios o de que, de todos modos, todos poseen una o más propiedades comunes», ninguna de las cuales «permite identificar los principios con rigor» (*Diritto mite, diritto incerto*, cit., 518-520). Un análisis riguroso de los múltiples significados asociados a la noción de «principio» y una prolija tipología de los principios es proporcionada por R. GUASTINI, «Sui principi di diritto», en *Diritto e società,* 1986, núm. 4, 601 y ss; *Id.,* «I principi di diritto», en AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, Padova, Cedam, 1994, 193-207; *Id.,* «Principi di diritto», in *Digesto. IV Edizione, Civile*, Torino, Utet, 1996, vol. XIV, 341-355, en los que se proponen múltiples distinciones: entre principios generales y principios fundamentales; entre principios de Derecho positivo y principios de Derecho natural; entre principios expresados y principios no expresados; entre principios constitucionales, principios legislativos y principios supremos. Sobre los «principios generales» en el Derecho italiano, me limito a recordar además a V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952; N. BOBBIO, «Principi generali del diritto», en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, Utet, 1966, vol. XIII, 887-896; M. JORI, «I principi nel diritto italiano», en *Sociologia del diritto,* 1983, 2; G. ALPA, «I principi generali», en *Trattato di diritto privato,* ed. de G. IUDICA y P. ZATTI (1993), 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 2006; F. MODUGNO, «Principi generali dell'ordinamento», en *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1991, vol. XXIV; *Id.,* «Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali», en AA.VV., *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, Giuffrè, 2000; *Id., Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, Esi, 2008.

lista, se trata de una «distinción fuerte», de tipo exclusivo y exhaustivo, fundada en diferencias de naturaleza ontológica, estructural o cualitativa. Pero según otra orientación, bastante más argumentada, se trata, en cambio, solamente de una «distinción débil», de tipo cuantitativo, es decir, relativa al grado en que, en ocasiones, son reconocibles, en concreto, las características de los unos y de las otras, formuladas más arriba en abstracto[50]. Es claro que si se admite que la diferencia no es cualitativa, también la diferencia cuantitativa se oscurece, siendo fácil poner de relieve que las características de la indeterminación, de la genericidad y, como se verá más adelante, incluso de la ponderabilidad, suelen hallarse también en las reglas, no menos —e incluso a veces más— que en los principios. Por lo demás, ésta es la conclusión que coherentemente extrae, de las posiciones principialistas radicales, Alfonso García Figueroa, quien afirma el carácter «débil» y, en última instancia, inconsistente de la distinción, a causa del carácter problemático no ya de los principios y de la ponderación, sino, antes bien, del modelo tradicional de las reglas y de su subsunción, considerado por él obsoleto en el Estado constitucional de Derecho, en el que también las reglas, al igual que los principios, son susceptibles de ponderación[51].

Aún más discutible es la capacidad explicativa de la distinción. Por ejemplo, es dudoso, que se basen en principios y no en reglas las decisiones adoptadas en los dos célebres casos analizados por Ronald Dworkin en su *Taking Rights Seriously*[52]. No

---

[50] Han formulado esta distinción entre «distinción fuerte» y «distinción débil», entre principios y reglas, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III, § 1, 85; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, cap. II; R. Guastini, «I principi nel diritto positivo» (1995), en *Id., Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, § 2, 116-117 (trad. cast. de J. Ferrer Beltrán, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999), retomado en *Id., Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, cap. XV, § 160, 272 y ss; P. Comanducci, *Principi giuridici,* cit., 85-87. La primera orientación es la que sostienen, en los trabajos citados en las notas precedentes, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Gustavo Zagrebelsky. La segunda, crítica con la primera y bastante más argumentada, es la formulada —además de por Prieto Sanchís, Guastini y Comanducci en los escritos aquí citados— por L. Gianformaggio, *op. ult. cit.*; A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982; M. Jori y A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, 258-262; J. J. Moreso, «Come far combaciare i pezzi del diritto», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1997*, Torino, Giappichelli, 1998, 79-118; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, cap. V, § 5, 425-435; M. Barberis, *Filosofia del diritto,* cit., 104-116; G. Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2008, 300-307; G. Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli 2008, 17 ss.; *Id., Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, cap. III, § 1, 51-75. Aunque con distintos acentos y argumentos, todos estos autores excluyen que entre principios y reglas se pueda trazar una distinción neta, de tipo ontológico o cualitativo, y admiten sólo una diferencia cuantitativa en el diverso grado —generalmente mayor en los principios y menor en las reglas— en que las características de los principios identificadas por los exponentes de la primera orientación se encuentran en todas las normas, incluidas las reglas. La distinción dworkiniana en sentido fuerte entre *rules* y *principles* es considerada por Ricardo Guastini como «una distinción (*latu sensu*) ideológica», operada con «el inocultable propósito de sugerir que los jueces deben resolver los casos dudosos o difíciles (*hard cases*) dando aplicación a principios ético-políticos no positivados en la constitución y en la legislación» (*Principi di diritto*, cit., 342-343).

[51] A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad,* cit., cap. IV, 142 y ss., y 145, que retoma en el mismo sentido J. A. García Amado, «El Juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en R. García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, 249-332. En igual sentido, G. Pino, *Diritti fondamentali,* cit., 25.

[52] Se trata del caso *Riggs v. Palmer* de 1889, en el que se hallaba en cuestión si el asesino del *de cuius* podía heredarlo, y del caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* de 1960, en el cual se ponía en cuestión la responsabilidad del fabricante de un automóvil por los daños provocados por un accidente causado por un defecto de fabricación, aun cuando existía una cláusula contractual que limitaba la garantía —«puesta expresamente en el

quiero decir que la distinción carezca de fundamento; sólo pretendo señalar que tiene un alcance explicativo bastante más restringido del que comúnmente se le asocia, dado que la mayor parte de los principios se comportan como las reglas. Ciertamente, existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil identificar. Pero se trata de normas relativamente marginales [53]. Podemos llamarlas *principios directivos* o *directivas*, en oposición a los otros principios, que denominaré *principios regulativos* o *imperativos*, en cuanto tales inderogables. Cabe caracterizar a los primeros como expectativas genéricas e indeterminadas, no de hechos sino de resultados, a diferencia de los principios regulativos, que expresan, en cambio, expectativas específicas y determinadas, a los que corresponden límites

---

lugar de otras garantías, obligaciones y responsabilidades»— únicamente a la obligación de reparar las partes defectuosas (R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 90-96). Los dos casos se habrían resuelto sin problemas en ordenamientos del *Civil Law*, como por ejemplo el italiano, sobre la base de reglas absolutamente inequívocas: el primero en base al art. 463 del Código Civil que excluye por «indignidad» de la sucesión a «quien ha voluntariamente matado o intentado matar a la persona de cuya sucesión se trata»; el segundo con base en el art. 1.490 del mismo código, que regula la «garantía por los vicios de la cosa vendida», que establece en el segundo inciso que «el pacto por el que se excluya o se limite la garantía no tiene efecto si el vendedor ha ocultado con mala fe al comprador los vicios de la cosa», dictando así una solución basada enteramente en reglas: *a)* la regla sobre la garantía por vicios de la cosa vendida (art. 1.490 inc. 1); *b)* la regla sobre la derogabilidad de tal garantía por obra de un pacto en contrario; *c)* la regla de su inderogabilidad, aun en presencia de pacto en contrario, si los vicios de la cosa han sido ocultados por el vendedor con mala fe. En este segundo caso, se debería haber comprobado si el vendedor-fabricante conocía o no el vicio del automóvil y si lo había ocultado con mala fe al comprador.

En los ordenamientos de *Common Law* los dos casos son, ciertamente, más problemáticos, y esto explica por qué el enfoque antipositivista y principialista está más justificado en ellos que en los sistemas de Derecho codificado. Sin embargo, también en estos ordenamientos es al menos discutible que las mismas soluciones impuestas por las normas del Código Civil italiano hayan sido alcanzadas por los jueces sobre la base de principios antes que de reglas. Esto vale, en primer lugar, para el caso *Riggs v. Palmer*. En efecto, en la base de sus decisiones no parece que los jueces hayan asumido, como afirma DWORKIN, el genérico principio según el cual «nadie puede obtener provecho de su ilícito»: principio, afirma, que de por sí no impone una determinada decisión según la lógica «todo-o-nada» que preside a la aplicación de las reglas —«de hecho a menudo la gente obtiene provecho de un modo perfectamente legal de sus ilícitos jurídicos» (*ibid.,* 94)— pero que se limita a afirmar «una razón que empuja u orienta en una determinada dirección» (*ibid.,* 95). En cambio, la decisión se basó —con apoyo en la cita de numerosas máximas en materia de interpretación formuladas por RUTHERFORD, BACON, PUFFENDORF, SMITH y BLACKSTONE, y de otras máximas de Derecho sustancial del *Common Law*— en precisas reglas jurídicas, aun cuando obtenidas como implícitas en otras reglas: como el respeto a la voluntad del testador, que ciertamente no habría designado como heredero a su asesino; a la regla de la nulidad del negocio realizado por medio de violencia o engaño, una y otra reconocibles en el asesinato, que ciertamente el testador no había previsto en el momento de testar; a la regla de la revocabilidad en todo momento del testamento, impedida por el asesinato; o a la obtenible de la intención del legislador, que ciertamente habría resuelto la cuestión en el sentido adoptado por los jueces si hubiese tenido que resolverla. Se puede discutir el fundamento de estas interpretaciones, cuestionadas por el juez Gray, quien expresó la opinión disidente *a)* en torno a la validez del testamento en ausencia de una explícita derogación a la regla de su carácter absolutamente vinculante, y por ello *b)* en torno a la invalidez, más allá de su justicia, de la solución adoptada. Pero en todos los casos se ha tratado de aplicaciones de reglas. Lo mismo debe decirse del caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, cuya decisión bien podría haberse basado, más que en las genéricas motivaciones formuladas por los jueces, sobre las reglas, también presentes en el *Common Law*, de la resarcibilidad del daño injusto por parte de quien lo ha provocado, poniendo en circulación automóviles inseguros, o de la invalidez de cláusulas contractuales viciadas de fraude o de engaño hacia uno de los contratantes.

[53] La prevalencia de las reglas y no de los principios en el texto de la Constitución italiana y, en particular, la naturaleza de reglas y no de principios de los derechos fundamentales, ha sido sostenida por A. PACE, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», en G. AZZARITI (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 86 y ss., donde se defiende una lectura claramente normativa y iuspositivista de la Constitución italiana. En el mismo sentido, cfr. F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, destinado a los *Studi in onore di Alessandro Pace.*

o vínculos, es decir garantías, consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación [54].

En este sentido, por ejemplo, son principios directivos gran parte de los «principios rectores de la política social y económica», que es el nombre del capítulo III del título I de la Constitución española. Pero piénsese también en el art. 1 de la Constitución italiana: «Italia es una República democrática, fundada en el trabajo»; o en el art. 9: «la República promoverá el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Tutelará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación»; o también en el art. 47: «la República fomentará y tutelará el ahorro en todas sus formas». En todos estos casos, en efecto, los principios, como dice ALEXY, son «*mandatos de optimización*, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado» [55] y por carecer, como escribe ZAGREBELSKY, de supuestos de hecho que hagan concebible su inobservancia. Un lugar intermedio entre los principios directivos y los principios regulativos es el que ocupan los derechos sociales, que, como veremos en el § 6, imponen al legislador la producción de leyes de actuación que introduzcan sus garantías primarias —como las normas sobre la escuela pública, el servicio sanitario gratuito y similares—, obviamente sin poder precisar sus formas, la calidad ni el grado de protección: principios regulativos inderogables, por tanto, en lo que se refiere al *an* de su actuación legislativa, pero al mismo tiempo directivos en lo que se refiere al *quomodo* y al *quantum*, es decir, las formas y la medida de la actuación misma.

Todos los demás principios, como por ejemplo el de igualdad y los derechos de libertad, son, en cambio, regulativos, siendo materialmente posible, pero deónticamente prohibida, su inobservancia. Consisten en normas simplemente formuladas de manera diversa a las reglas: con referencia a su respeto y no —como ocurre con las reglas— a su violación y a su consiguiente aplicación. Prueba de ello es que también las reglas, incluso las penales —a las que se exige la máxima taxatividad—, cuando son observadas, son también consideradas como principios, que no se aplican, sino que se respetan: por ejemplo, la observancia de las normas sobre el homicidio, las lesiones personales o el hurto, equivale al respeto de los principios de la vida, la integridad personal y la propiedad privada. Se puede incluso afirmar que detrás de cada regla hay también un principio: hasta detrás de la prohibición de estacionamiento de los

[54] La distinción, aquí apenas esbozada, entre principios regulativos y principios directivos, merecería una mayor profundización, que será posible mediante la formalización de los dos conceptos. Puede ser útil recordar que en el léxico de *Principia iuris* las reglas son caracterizadas, según los postulados P7 y P8, como modalidades deónticas (facultades, obligaciones o prohibiciones) o como expectativas (positivas o negativas) generales y/o abstractas de comportamientos determinados (*PiI*, Premisa, 92); que los derechos fundamentales, al igual que todos los derechos, consisten en expectativas de prestación o de no lesión, es decir, de la comisión o de la omisión de actos a su vez determinados (*PiI*, T11.52-T11.54, 743); que, por tanto, cuando menos los principios consistentes en derechos fundamentales y que entran en los que he llamado «principios regulativos», son reglas (*PiI*, T11.16, 729-730). La diferencia cualitativa y estructural no se da, por tanto, a mi modo de ver, entre reglas y principios, sino sólo entre principios regulativos y los que he denominado «principios directivos», que consisten en expectativas ya no de actos determinados sino de resultados, es decir, de las políticas en condiciones de realizarlos mediante una pluralidad de actos indeterminados y no predeterminables normativamente. Una distinción, en algunos aspectos análoga a la que aquí se propone, me parece la de «principios en sentido estricto» y «directrices», realizada por M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho,* cit., cap. I, §§ 1.3 y 2.2, 5 y 14-15; cap. IV, § 4, 140-141; cap. VI, § 2, 166, y retomada por M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación,* cit., cap. III, § 8, 168-169 y cap. IV, § 5, 21.

[55] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III, § 2, 86.

vehículos o detrás de la obligación de frenar ante el semáforo en rojo, hay principios, como los de la seguridad y la mayor eficiencia y racionalidad del tráfico rodado. A la inversa, también los principios regulativos, cuando son violados, se presentan como reglas, que no se respetan sino que se aplican: por ejemplo, el principio constitucional de igualdad, cuando es violado, se manifiesta, en relación con sus violaciones, como regla: precisamente la que prohíbe las discriminaciones [56]. Y éstas son seguramente supuestos típicos de la correspondiente prohibición, cuya comprobación no consiste en una ponderación, sino en una subsunción. Incluso principios tan vagos e imprecisos como la dignidad de la persona o los de taxatividad o lesividad propios del Derecho penal, cuando son violados por comportamientos lesivos de la dignidad o por leyes penales que prevén como delitos hechos inciertos o inofensivos, se manifiestan como reglas, cuya violación es subsumida en éstas, de modo similar a lo que sucede con cualquier acto ilícito o inválido; y lo opinable de la subsunción no depende, en estos casos, de la formulación de las respectivas normas en principios, sino sólo —tal como ocurre también con las reglas— del uso de palabras vagas o imprecisas, como «dignidad», «certeza» y «lesividad».

Por tanto, la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más que de estilo. La formulación de muchas normas constitucionales —y, en particular, de los derechos fundamentales— en forma de principios, no es sólo un hecho de énfasis retórico, sino que tiene una indudable relevancia política: en primer lugar, porque los principios enuncian expresamente y, por ello, solemnemente, los valores ético-políticos que proclaman, en relación con los cuales las reglas son, en cambio, «opacas» [57]; y en segundo lugar, y sobre todo, porque aquéllos, cuando enuncian derechos, sirven para explicitar la titularidad de las normas constitucionales que confieren derechos a las personas o los ciudadanos y, de ahí, la colocación de éstos en posición supra-ordenada al artificio jurídico, como titulares de otros tantos fragmentos de la soberanía popular. Pero más allá del estilo, cualquier principio que enuncia un derecho fundamental —por la recíproca implicación que liga a las expectativas en que consisten los derechos, con las obligaciones o prohibiciones correspondientes— equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición [58]. Justamente porque los derechos fundamentales son universales (*omnium*), consisten en normas, interpretables siempre como reglas [59], a las que corresponden

---

[56] Y que es aplicada, y no simplemente respetada, en sede de garantía secundaria, por el juicio de inconstitucionalidad. He expresado esta tesis en *PiI*, § 12.8, 884-885, mostrando, con el teorema T12.78, cómo «las normas primarias», entre las que se hallan todas las normas constitucionales sustanciales, «cuando sean violadas, se manifiesta en el acto de la comprobación jurisdiccional de su inobservancia, como normas secundarias respecto al acto jurisdiccional con el cual son aplicadas (T12.78)». En suma, todas las normas, lo mismo da si formuladas en forma de reglas o de principios, son *respetadas* en vía primaria si son observadas y son *aplicadas* en vía secundaria si son violadas.

[57] Así G. PINO, *Diritti e interpretazione,* cit., 52 y 130.

[58] Véanse, en *PiI*, las tesis T2.60-T2.63 en el § 2.3, 155, y las tesis T10.170-T10.185 en el § 10.13 651-655. Como he escrito en el § 3.4, 192-193, «las normas pueden estar formuladas en términos de obligaciones y prohibiciones, esto es, a través de las que llamaré "normas imperativas" (D8.9), o bien en términos de expectativas positivas y negativas, es decir, mediante las que denominaré "normas atributivas" (D8.8). En principio, entre las dos cosas no existe, en el plano teórico, ninguna diferencia: en efecto, lo que es argumento de expectativa, se debe a alguno o a todos por parte de alguno o de todos; y lo que es debido es argumento de una expectativa de alguno o de todos frente a alguno o a todos».

[59] *PiI*, § 11.1, 729-731, tesis T11.16-T11.20.

deberes absolutos (*erga omnes*) que también consisten en reglas. Por ejemplo, el art. 32 de la Constitución italiana sobre el derecho a la salud, equivale a la norma —que, por lo demás, está explicitada en él— según la cual la República «garantiza [es decir, debe garantizar] tratamientos gratuitos»; el art. 21 sobre la libertad de manifestación del pensamiento equivale a la regla según la cual está prohibido impedir, perturbar o limitar la libre manifestación del pensamiento; el art. 16 sobre la libertad de circulación, que la misma constitución tutela dentro los límites impuestos por la salud y la seguridad, equivale a la prohibición de limitar la libertad de circulación, salvo «por motivos de salud o de seguridad». El Decálogo, por otro lado, está expresado en reglas («no matar», «no robar» y similares) que tienen exactamente el mismo significado que los derechos correspondientes (el derecho a la vida, el derecho de propiedad y similares).

Se entiende así por qué no existe una real diferencia de estatuto entre la mayor parte de los principios y las reglas: siempre la violación de un principio hace de éste una regla que enuncia las prohibiciones o las obligaciones correspondientes. Por ello, la constitución es definible, en su parte sustancial, además de como un conjunto de derechos fundamentales de las personas (es decir, de principios), también como un sistema de límites y de vínculos (es decir, de reglas) impuestos a los titulares de los poderes. Precisamente, a los principios que consisten en derechos de libertad (universales u *omnium*) corresponden las reglas consistentes en límites o prohibiciones (absolutos o *erga omnes*); a los principios consistentes en derechos sociales (universales u *omnium*) corresponden las reglas consistentes en vínculos u obligaciones (absolutos o *erga omnes*) [60]. Derechos y deberes, expectativas y garantías, principios en materia de derechos y reglas en materia de deberes, son, en resumen, las dos caras de una misma moneda, equivaliendo la violación de los primeros —ya sea por acción o por omisión— a la violación de las segundas.

La cuestión no es meramente de palabras. La contraposición, a mi entender escasamente consistente, establecida de manera indistinta entre principios y reglas, tiene relevantes implicaciones prácticas. Su aspecto más insidioso es la radical reducción del valor vinculante de todos los principios, tanto más si son de rango constitucional. Ésta es una tesis sostenida abiertamente por Alfonso García Figueroa, a quien se debe reconocer, en relación con los demás principialistas, el mérito de la coherencia y de la claridad: «los principios son normas derogables» [61] o, tal como se usa decir hoy, «derrotables» [62], afirma, y la «derrotabilidad es una propiedad esencial de las normas jurídicas en los Estados constitucionales» [63]; entendiéndose por «derrotabilidad» el hecho de que «una norma *N puede* resultar inaplicada y *debe* serlo *si y sólo si* se manifiestan nuevas excepciones no previstas *ex ante* y justificadas», a través de la ponderación [64].

---

[60] *PiI*, § 11.9, 772-776, tesi D11.24-D11.26, T11.102-T11.103 y T11.107-T11.108.

[61] A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad,* cit., 20. «La derrotabilidad de las normas constitucionales», agrega García Figueroa, «se explica por la base ética de los ordenamientos jurídicos particularmente en los Estados constitucionales».

[62] En inglés «*defeasibility*»; en italiano «*defettibilità*». Sobre los múltiples usos y significados en los más diversos contextos de «derrotabilidad», *vid.* P. Chiassoni, «La defettibiltà nel diritto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 2008, 2, 471-506. Sobre el «carácter derrotable» de los derechos fundamentales en virtud de sus potenciales conflictos y sobre el «carácter aproximado» de su interpretación en virtud de su indeterminación, cfr. T. Mazzarese, *Ancora su ragionamento giudiziale,* cit., § 5.3.

[63] A. García Figueroa, *Criaturas,* cit., § 4.2, 151.

[64] *Ibid.,* § 4.1, 136.

La caracterización indiferenciada de los principios, tal como es planteada por los exponentes más ilustres del constitucionalismo principialista, conlleva —aun cuando en términos menos explícitos— el debilitamiento normativo de los mismos. «El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios», escribe Robert ALEXY, es que «las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no» y «los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» [65]. Se ha visto, con referencia a la comprobación judicial de las violaciones, el escaso fundamento de esta contraposición: también los principios, como el de igualdad y la correlativa prohibición de discriminaciones, o la libertad de expresión y la correlativa prohibición de restricciones o censuras, pueden ser observados o violados; y cuando son violados, su ámbito de aplicación jurisdiccional no es más indeterminado que, por ejemplo, el de las reglas penales que en el ordenamiento italiano castigan los también imprecisos «maltratos en familia» o los «actos obscenos en lugar público» [66]. Por su parte, ATIENZA y RUIZ MANERO degradan los principios y los derechos estipulados en ellos a «*objetivos colectivos* cuya persecución se encomienda a los poderes políticos», o bien a «*directrices* o *normas programáticas*» de las que se deriva para el legislador no «el deber, como piensa FERRAJOLI, de instituir sus garantías primarias y secundarias», sino, simplemente, el deber de «trazar políticas (también políticas legislativas) que aseguren la consecución de ese objetivo» [67]. No resulta superfluo

---

[65] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III, § 2, 86-87. El mismo pasaje es retomado en *Id.,* «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa,* núm. 5, 1988, 143-144. Análoga es la distinción trazada por DWORKIN, *I diritti,* cit., 93-95: «La diferencia entre principios jurídicos y reglas es de carácter lógico». Unos y otras orientan en la adopción de decisiones particulares, pero difieren por el carácter del ordenamiento que sugieren. Las reglas son aplicables en la forma del todo-o-nada. Si se dan los hechos establecidos por una regla, «entonces se determinan las consecuencias predispuestas por ella». Los principios, en cambio, expresan «una razón que empuja en una dirección pero que no necesita de una particular decisión». En el mismo sentido, G. ZAGREBELSKY, *La legge,* cit., 213-214.

[66] Véase el análisis de la indeterminación de los principios constitucionales desarrollado por C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, 99-110. BERNAL menciona numerosos tipos de indeterminación que afectarían a los principios constitucionales. Pero en la mayor parte de los casos ejemplificados por él no me parece que se produzcan indeterminaciones relevantes o tipos de indeterminación no hallables también en las reglas. Por ejemplo, no me parece que en la norma que prevé el derecho de asociación se dé una «indeterminación semántica» tal que permita dudar seriamente de que implica la prohibición para el Estado de imponer la pertenencia a una asociación determinada; o que el art. 19 de la Constitución argentina presente una «indeterminación sintáctica» tal que pueda ser interpretado en el sentido de que la no punibilidad establecida en él de las «acciones privadas» «que de ningún modo ofendan el orden o la moral pública» y «no perjudiquen a terceros» sea referible a estas tres clases de acciones consideradas disyuntivamente (entre ellas, por tanto, paradójicamente, las «acciones privadas») y no a tres rasgos de las acciones que concurren conjuntamente; o bien, que se pueda dudar que el derecho a la información o el derecho a la educación estén afectados por «indeterminación estructural», y no sea claro que las prescripciones impuestas por ellos se refieran a los resultados que forman el objeto de los derechos y no también los medios para conseguirlos, obviamente dejados a la discrecionalidad legislativa; o que el derecho a difundir informaciones peque de «redundancia», y no sea claro que implica, como es obvio, también el derecho a crear medios de información, en todo caso implicado por el derecho a la libre iniciativa económica.

[67] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica», en J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ, *La función judicial. Etica y democracia*, Barcelona, Gedisa, § 1.3, 94 y § 2.2, 100. El pasaje es retomado en M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», § 6.1, en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., 153-155; cfr. mi respuesta, *ibid.,* § 4, 195-206. Para una crítica de la reducción —consiguiente a estas lecturas ético-políticas y anti-iuspositivistas del paradigma constitucional— de la normatividad jurídica de las constituciones a la de «meras declaraciones de intenciones políticas», *vid.* T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo,* cit., en particular el § 1.4, 14-22; *Id., Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, cit.

recordar que en Italia la expresión «normas programáticas» fue utilizada en los años cincuenta del siglo pasado por la Corte de Casación para neutralizar el alcance normativo de los principios constitucionales, es decir, para negar su idoneidad para abrogar o invalidar la legislación precedente, todavía prevalentemente fascista [68]. ATIENZA y RUIZ MANERO afirman que su tesis tiene una mayor capacidad explicativa de las prácticas judiciales que mi concepción de las normas como inmediatamente vinculantes [69]. Y todavía más explícitamente, ZAGREBELSKY señala, a propósito de la «apelación a los principios», criticada por quien teme que pueda avalar «el arbitrio de los intérpretes», que: «Aquí no se está en absoluto postulando una propuesta de política del Derecho de cara a la interpretación. Simplemente se describe lo que efectivamente ocurre en la realidad de la vida concreta del ordenamiento» [70]. Pues bien, me parece que justamente este argumento es una clara confirmación de la convergencia antes señalada del constitucionalismo argumentativo con el realismo: efectivamente, la tesis es explicativa de la práctica jurídica corriente, ya sea legislativa o jurisdiccional, es decir del «ser» del Derecho, pero ciertamente no lo es de su «deber ser», que simplemente ignora.

En suma el resultado de este enfoque es una oscurecimiento del alcance normativo de los principios constitucionales. Por ejemplo, escribe Ronald DWORKIN: «La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos establece que el Congreso no debe limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una determinada ley limitase de hecho la libertad de expresión, sería por ello inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es un "absoluto" dicen que se la debe tomar en este sentido, es decir, como una norma. ¿O se reduce, en cambio, a enunciar un principio, de modo que, de descubrirse una limitación de la libertad de expresión, sería inconstitucional a menos que el contexto evidenciase algún otro principio o una consideración de oportunidad política que, en determinadas circunstancias, tuviese la importancia requerida para permitir su limitación? Tal es la posición de los que defienden el llamado factor del "riesgo claro y actual" o alguna otra forma de "ponderación"» [71]. Creo que ésta es la posición de los que asumen la constitución no como un conjunto de normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros, queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete [72].

---

[68] Casación, Secciones Unidas penal., 7.2.1948, en *Foro italiano,* 1948, II, 57. Esta distinción entre normas preceptivas y normas programáticas fue declarada infundada desde la primera decisión de la Corte constitucional (Corte Cost. núm. 1 del 1956) y luego por todos abandonada.

[69] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Tres problemas,* cit., 94.

[70] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., cap. VII, 199-200.

[71] R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 97. Véase también 100-101.

[72] Tómese otro ejemplo: el derecho de inmunidad contra las torturas, que puede entrar también él en conflicto, como ha sostenido el jurista americano Alan DERSHOWITZ, con la necesidad, en casos «excepcionales» (obviamente los casos de escuela son siempre «excepcionales»), de reunir informaciones vitales de un terrorista que —«sabemos»— está «en conocimiento» de futuros, gravísimos atentados [*Why Terrorism Works. Understanding the Threat Responding to the Challenge* (2002), tr. it., *Terrorismo*, Roma, Carocci, 2003, 118 y ss y 125 y ss]. Pues bien, según el modelo normativo y garantista de las constituciones, la inmunidad contra las torturas no admite excepciones. El principio moral de la seguridad podrá, por ello, operar en el plano moral, pero no en el plano jurídico; con la consecuencia de que quien está convencido de encontrarse ante un terrorista que está en conocimiento de un futuro y gravísimo atentado, deberá asumir, si pretende violar la prohibición absoluta de la tortura para salvar la vida de innumerables personas, la responsabilidad moral de cometer el crimen de tortura y de sufrir las sanciones respectivas, sin pretender la cobertura del Derecho. Éste es el costo mínimo que debemos pagar a las garantías de los derechos fundamentales contra el arbitrio.

Pero hay otro aspecto, todavía más perverso e insidioso, de la aproximación antipositivista y principialista a las constituciones. La idea de que las normas constitucionales no son normas rígidamente vinculantes, a las que se encuentran sometidas la jurisdicción y la legislación por ser de un grado subordinado a ellas, sino principios ético-políticos fruto de argumentaciones morales, cuando no hayan quedado confinadas en el debate académico entre filósofos del Derecho, ha favorecido el desarrollo de una inventiva jurisprudencial puesta de manifiesto en la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución. Es lo que ha ocurrido en Brasil, donde Lenio Luiz STRECK ilustró esta degeneración «pan-principialista» del Derecho brasileño, brindando un increíble inventario de principios inventados por la jurisprudencia y carentes de todo anclaje en el texto constitucional, ni siquiera implícito o indirecto, tales como el «principio de precaución» contra las posibles decisiones que puedan causar daños no calculados; el «principio de la no sorpresa», en garantía de la seguridad del ciudadano contra decisiones demasiado inesperadas; el «principio de la absoluta prioridad de los derechos de los niños»; el «principio de la cooperación de las partes en el proceso»; el «principio de la paternidad responsable»; el principio de la llamada «situación excepcional» y similares [73].

Aquí estamos ante verdaderas y propias invenciones normativas, en contraste con la sujeción de los jueces a la ley. Los principios constitucionales —en particular los que enuncian derechos— son normas prescriptivas, no neutralizables por principios ético-políticos. Tal es la sustancia y el rol garantista del constitucionalismo iuspositivista que se pone en riesgo con el enfoque principialista: el carácter rígidamente normativo de los principios formulados en las constituciones, no ponderables con principios no expresados en ellas y supra-ordenados a todos los poderes dotados de potestad normativa, a los que prescriben lo que está prohibido y lo que es obligatorio decidir, en garantía de los derechos fundamentales que estipulan [74].

---

[73] L. L. STRECK, *op. cit.*, 470-496, provee un listado de 24 principios de creación jurisprudencial. Por último, en apoyo de la constitucionalidad de la ley de amnistía de los crímenes militares brasileños, se ha formulado el principio, inexistente en la constitución, de la pacificación y conciliación nacional. Principios inventados, sobre todo, para limitar el alcance de principios constitucionales, se encuentran también en la jurisprudencia constitucional italiana. Letizia GIANFORMAGGIO (*L'interpretazione della Costituzione,* cit., § 11, 196-200) ha recordado, por ejemplo, «el principio de la tutela del sentimiento religioso de la mayoría de los italianos», invocado en la sentencia núm. 39 del 31 de mayo de 1965 de nuestra Corte Constitucional, en apoyo del rechazo de la excepción de inconstitucionalidad del delito de injuria contra la religión católica, previsto en el art. 402 del CP: un principio que, a diferencia del de la igual libertad ante la ley de todas las confesiones religiosas, establecido por el art. 8 de la Constitución, sobre cuya base se formuló la excepción, no es siquiera implícitamente, constitucional.

[74] Debe ser recordada la firme defensa de Letizia GIANFORMAGGIO de esta concepción de la «constitución como norma jurídica disciplinante en forma obligatoria de todos los comportamientos, tanto públicos como privados» (*L'interpretazione,* cit., § 7, 190): «los principios, siendo normas, son por definición preceptivos» (*ibid.,* § 2, 177) y «la prescriptividad existe o no existe: no se gradúa» (*ibid.*, § 7, 191). Es ésta, agrega, una concepción «obvia», que «se encuentra expresada límpidamente en la introducción al famoso libro de Vezio CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, de este modo: "Una constitución, como cualquier otra ley, es, sobre todo y siempre, un acto normativo y, por lo mismo, sus disposiciones deben ser entendidas, por regla (y salvo rarísimas excepciones eventuales, en los casos en los que no sea honestamente plausible hacer otra cosa), como disposiciones normativas: que enuncian, por tanto, verdaderas y propias normas jurídicas, aun cuando luego éstas deban clasificarse entre las normas organizativas, entre las de fin o entre las que disciplinan las relaciones entre sujetos externos a la persona estatal. En otras palabras, una constitución debe ser entendida e interpretada, en todas sus partes, *magis ut valeat*, porque así lo quieren su naturaleza y su función, que son

6. C) CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS Y PONDERACIÓN

La idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, lo que es peor, que pueden ser ponderados con principios morales inventados por los jueces, genera evidentemente un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política, del que no siempre son conscientes quienes la defienden [75]. De hecho, si se sostiene que los jueces no deben limitarse a interpretar las normas de derecho positivo, sino que también están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sólo sea a través de la ponderación de los principios, entonces resulta anulada la separación de los poderes. Y en tiempos como los que corren —de creciente tensión entre poder político y poder judicial y de falta de tolerancia del primero a los controles de legalidad ejercitados por el segundo—, la teorización de una semejante potestad normativa de los jueces provoca el riesgo de ofrecer un argumento potente en favor de su investidura política, a través de la elección o, peor todavía, de su colocación bajo la dependencia del poder ejecutivo.

Llegamos así al tercer aspecto del constitucionalismo no-positivista y principialista: la identificación de la ponderación como el único tipo de razonamiento pertinente para los principios, en oposición a la subsunción que, en cambio, se aplicaría únicamente a las reglas. De este modo, al tiempo que se debilita el carácter vinculante de las normas constitucionales a pesar de su rigidez, se avala a través de la contraposición de la ponderación a la subsunción, el debilitamiento del carácter tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción, en el que reside su fuente de legitimación, y se promueven y alientan tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial. Se sostiene que habríamos ingresado «en la época de la ponderación», al haberse descubierto un nuevo tipo de razonamiento jurídico, por lo demás, reservado a los derechos fundamentales más que a las restantes normas del ordenamiento.

Naturalmente, no tendría sentido negar o subestimar el rol de la ponderación ni tampoco —más en general— el de la argumentación en la actividad de producción normativa: en primer lugar, la ponderación legislativa, que es fisiológica en la esfera de las decisiones políticas, para que no entren en conflicto, por acción o por omisión, con las normas constitucionales; en segundo lugar, la ponderación jurisdiccional, en los espacios de la interpretación judicial, también éstos fisiológicos y que ciertamente son, a menudo, más amplios e indeterminados cuando las normas tienen la forma no de reglas sino de principios. Menos sentido tendría infravalorar la importancia de una teoría de la argumentación, como la desarrollada ejemplarmente por Robert ALEXY y por Manuel ATIENZA, dirigida a fundar la racionalidad del ejercicio discrecional del poder judicial. En efecto, pues los espacios de discrecionalidad de la jurisdicción son innegables. Incluso en materia penal, donde el valor de la certeza es máximo, se pueden distinguir tres espacios fisiológicos e insuprimibles de discrecionalidad judicial, a los que corresponden otros tantos tipos de poder: el *poder de calificación jurídica*,

---

y no podrían dejar de ser, repetimos, de acto normativo, dirigido a disciplinar obligatoriamente los comportamientos públicos y privados"» (*ibid.,* 189).

[75] *Vid.*, sobre los riesgos de un excesivo activismo discrecional de los jueces, L. L. STRECK, *Verdade e Consenso,* cit., y L. R. BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporaneo,* Sao Paulo, Saraiva, 2010, 383 y ss.

que corresponde a los espacios de la interpretación de la ley, ligados a la semántica del lenguaje legal; el *poder de verificación fáctica* o de valoración de las pruebas, que corresponde a los espacios de la ponderación de los indicios y de los elementos probatorios; el *poder equitativo de connotación* de los hechos comprobados, que corresponde a los espacios de la comprensión y ponderación de los rasgos particulares e irrepetibles de cada hecho, aun cuando sean todos igualmente subsumibles en la misma figura típica [76]. Estos espacios pueden ser fuertemente reducidos, pero no suprimidos, por el conjunto de las garantías penales y procesales: de aquí la importancia de una adecuada teoría de la argumentación, que esté en condiciones de guiar racionalmente la motivación de las decisiones tomadas en el ejercicio de los tres poderes que corresponden a aquellos espacios.

Por tanto, mi crítica no se dirige al rol de la ponderación en la actividad de producción del Derecho. Se dirige, más bien, a la excesiva ampliación del mismo en la actuación legislativa y en la interpretación jurisdiccional de las normas constitucionales. En otras palabras, se refiere al excesivo alcance empírico que se asocia a la noción de ponderación, que, al contrario, es tan limitado como el de la distinción entre reglas y principios, ya examinado. De hecho, tengo la impresión de que, a causa de tal ampliación, la ponderación ha acabado por convertirse en una burbuja terminológica, inflada enormemente hasta designar las formas más desenvueltas de vaciamiento y de inaplicación de las normas constitucionales, tanto en el plano legislativo como en el jurisdiccional.

A propósito de la *ponderación legislativa*, debe distinguirse entre los que he denominado principios regulativos y los que he llamado principios directivos. Ciertamente, la demandan los principios directivos; no, en cambio, los principios regulativos, vinculantes e indefectibles si no encuentran límites en normas del mismo nivel. Los derechos de libertad, en particular, generalmente no admiten ponderación alguna: su violación genera antinomias, a menos que existan límites expresados por reglas, como por ejemplo el límite a la libertad de asociación impuesto en el art. 18 de la Constitución italiana, que prohíbe las asociaciones secretas, que prevalece por imperativo del principio de especialidad. Requieren de la ponderación sólo cuando el límite está expresado por principios directivos, como por ejemplo el principio genérico de la seguridad, en la medida en que éste se halle expresamente formulado por normas del mismo nivel.

Parcialmente diversa es la fenomenología de la actuación legislativa de los derechos sociales. Las normas o, si se prefiere, los principios que enuncian tales derechos, como se ha dicho en el parágrafo precedente, son regulativos en cuanto al *an* y directivos en cuanto al *quomodo* y al *quantum* de su actuación. Su falta de actuación equivale, por ello, a su violación, que da lugar a lagunas no menos ilegítimas que las antinomias. Pero es claro que su ponderación legislativa es fisiológica en las opciones legislativas, inevitablemente discrecionales, en lo que se refiere a los medios, a las formas y también a los límites de su actuación, no predeterminados por su formulación constitucional [77].

---

[76] *Vid.*, sobre estos tres espacios fisiológicos de discrecionalidad que, en su conjunto, definen el poder judicial, *Diritto e ragione,* cit., cap. III.

[77] Sostuve esta diferente fenomenología de los derechos de libertad y de los derechos sociales, en *Diritto e ragione,* cit, cap. XIV, § 60.4, 958. Se trata, evidentemente, de una diferencia de carácter teórico y conceptual: mientras la simple formulación de los derechos de libertad comporta la prohibición de su lesión, la de los de-

En otras palabras, la ponderación no puede extenderse a la opción de qué principios constitucionales actuar y cuáles no actuar sin resolverse en un incumplimiento de la constitución, y, por ello, en la admisión de un poder del legislador de anular o derogar el dictado constitucional, en contraste con la jerarquía de las fuentes. Un poder que, como se ha visto, resulta legitimado con la tesis de la derrotabilidad de las normas constitucionales, dado que concibe como inevitables —por ser consecuencia de la ponderación— las violaciones y los incumplimientos de algunas de ellas en beneficio de la actuación de otras. Contra este peligro, y a fin de evitar un equívoco semejante, el art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha establecido que, en todo caso, las leyes deben «respetar el contenido esencial de los derechos y de la libertad» en ella establecidos. Lo que hace, por tanto, obligatoria una actuación de los mismos, cualquiera que sea, que les dote de las garantías esenciales. Por otro lado, la idea de que la garantía de cada derecho fundamental implicaría el sacrificio o la limitación de otros [78], con la consiguiente necesidad de una ponderación legislativa de los derechos en conflicto, es un lugar común completamente infundado. Las relaciones entre los derechos, como enseña la experiencia histórica, son, sobre todo, de sinergia: sin garantía de los derechos sociales, en particular a la educación y a la información, los derechos de libertad no son ejercitables con conocimiento de causa, y sin garantía de los derechos de libertad no lo son tampoco los derechos políticos. Hasta la relación entre garantías de los derechos y desarrollo económico es una relación de sinergia: sin las libertades fundamentales no hay control democrático sobre el correcto funcionamiento de las instituciones; y sin garantías de los derechos sociales a la educación, a la salud y a la subsistencia, no se dan los presupuestos elementales de la productividad individual y colectiva; tan es así que se puede afirmar que los costos de tales garantías representan la más eficaz inversión productiva [79].

En cuanto a la *ponderación jurisdiccional*, parece poco más que una expresión nueva para denominar a la vieja «interpretación sistemática», conocida desde siempre y practicada por los juristas, consistente en la interpretación del sentido de una norma a

---

rechos sociales —por ejemplo, a la salud, la educación, la subsistencia o similares— comporta, ella misma, la obligación de su satisfacción, cualquiera que sea, pero no dice nada sobre las formas y sobre los límites de su actuación. Esto no excluye, obviamente, que las constituciones más avanzadas incorporen también principios regulativos o reglas que prevén también las garantías de tales derechos, prefigurando, al menos en parte, sus límites mínimos y formas. En la Constitución italiana, por ejemplo, el art. 34 establece, en garantía del derecho a la educación, que la «educación inferior» se «imparte al menos durante ocho años» y que «es obligatoria y gratuita»; y el art. 33, al establecer que «la República [...] instituirá escuelas estatales para todos los órdenes y grados» y que las escuelas instituidas por particulares no deben comportar «gastos para el Estado», asigna implícitamente a la escuela pública la garantía del derecho a la educación inferior por al menos ocho años. En la Constitución brasileña se prevén vínculos presupuestarios, en garantía de los derechos sociales: por el art. 34, VII, inc. *e)*, que dispone «la aplicación de una cuota mínima» del presupuesto de la Unión para «la gestión y el desarrollo de la enseñanza y para las acciones y los servicios públicos sanitarios»; por el art. 198 §§ 2 y 3, que en materia de derecho a la salud remiten a la ley la estipulación, cada cinco años, de los porcentajes del presupuesto de la Unión y de los Estados que deben ser destinados a su garantía; por el art. 212, que en tema de derecho a la educación establece que «la Unión destinará anualmente no menos del 18 por 100 y los Estados y el distrito federal y los Municipios no menos del 25 por 100 de lo recaudado por impuestos [...] a la gestión y al desarrollo de la enseñanza». Más genérico e indeterminado es el art. 27.4 de la Constitución española, que se limita a establecer que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita».

[78] Anna PINTORE ha llegado a formular la tesis según la cual los derechos «frecuentemente entran en un juego de relaciones recíprocas de suma cero» («Diritti insaziabili», en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 189-190). *Vid.* mi réplica, *ibid., I fondamenti,* cit., § 6, 328-332.

[79] *PiII*, § 13.13, 67-71

la luz de todas las demás del sistema. Sin embargo, hay una diferencia que hace de la ponderación —concebida, por oposición a la subsunción reservada a las reglas, como un tipo de razonamiento ordinario y generalizado para todos los principios [80]— una técnica argumentativa que amplía indebidamente la discrecionalidad judicial hasta anular la sujeción del juez a la ley. La diferencia está ligada a la metáfora del «peso», que sugiere y alienta —por otro lado, en singular contraste con la idea dworkiniana de la objetiva existencia de «una única solución correcta»— un poder de opción acerca de qué principios aplicar y no aplicar a tenor de la valoración —inevitablemente discrecional [81]— de su diversa importancia. La ponderación se concibe como una operación en virtud de la cual, como escribe Robert ALEXY, «cuando dos principios entran en colisión [...] uno de ello tiene que ceder ante el otro», sin que el primero sea considerado inválido o el segundo prevalente en virtud del principio de especialidad [82]. En pocas palabras, es como una actividad de opción «orientada» por «exigencias de justicia sustancial» [83], que crea el riesgo de comprometer no sólo la sujeción del juez a la ley, sino también, como correctamente ha observado Riccardo GUASTINI, los valores de la certeza y de igualdad frente a la ley [84].

Tengo la impresión de que en la base de esta concepción de la ponderación como elección del principio de más peso, es decir más justo o más importante, que debe ser aplicado en lugar de otros, existe un equívoco que se refiere al objeto de la ponderación misma. Esta opción, se afirma, se produce siempre ocasionalmente en relación con el *caso concreto* sometido a juicio. «Bajo otras circunstancias», afirma por ejemplo ALEXY, «la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se sostiene que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso» [85]. En consecuencia, debemos preguntarnos si, quizás, lo ponderado por los jueces «en los casos concretos» no son los principios, sino, más bien, las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación. Es claro que desde este punto de vista no cabe apreciar diferencias de carácter epistemológico entre la argumentación constitucional según principios y la argumentación ordinaria conforme a reglas: la ponderación se produce en cualquier actividad jurisdiccional donde se dé el concurso de varias normas diversas, sean reglas o principios. Pero tiene por objeto no las normas a aplicar, sino, antes bien, las circuns-

---

[80] «Vale el enunciado siguiente: si alguien lleva a cabo ponderaciones, entonces se basa necesariamente en principios» (R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit., cap. II, § 4.3.1, 75). «Principios y ponderación», afirma a su vez Alfonso GARCÍA FIGUEROA, «se implican recíprocamente» (*Principios,* cit., § 2.3.2, 167).

[81] No existe una «unidad de medida del peso de las normas», escribe eficazmente Giorgio PINO (*Diritti e interpretazione,* cit., cap. III, § 1.2, 56). Y agrega: «la dimensión del peso pertenece tanto a las reglas como a los principios: los principios son normas (más) derrotables (más) sujetas a excepciones implícitas respecto a las reglas»; pero ello no quita que «un principio pueda ser considerado menos importante que una regla» si «hay buenas razones para aplicar de todos modos la regla» (*ibid.*, 57). Por ello, también bajo este aspecto la distinción se desvanece.

[82] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III, § 3.2, 89

[83] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., cap. VII, 204.

[84] R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, cit., 521-525. En este sentido, escribe GUASTINI, la ponderación termina por resolverse en una técnica argumentativa consistente no ya en contemporizar los principios, sino en apartar, suprimir o sacrificar uno en beneficio de otro, a menudo sobre la base de una «jerarquía axiológica móvil» entre principios, variable caso a caso según discreción del intérprete (*L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 216-221 y 252-253).

[85] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentals, loc. ult. cit.* Gustavo ZAGREBELSKY habla, a su vez, de «concretización de principios» (*La legge e la sua giustizia,* cit., cap. VI, 218-219).

tancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio. Las normas, ya sean reglas o principios, son siempre las mismas y tienen siempre, por tal motivo, igual peso. Los que cambian, los que son siempre irrepetiblemente diversos y deben, por tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables.

Así concebida, la ponderación de los rasgos singulares de cualquier hecho es, por tanto, una actividad fisiológica, correspondiente —en gran parte— a la dimensión equitativa de todo juicio. En el Derecho penal, por ejemplo, la ponderación entre circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes del delito, unas y otras expresadas en forma de reglas, está directamente prevista por la ley para realizar el juicio de equivalencia o el de prevalencia de unas sobre otras. Pero una ponderación similar puede hallarse en todos los sectores del Derecho. Piénsese, al respecto, en la ponderación que requiere la valoración de circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa, consideradas tales por el código penal italiano si se juzgan «proporcionales a la ofensa» (o «al peligro»); o también en la ponderación impuesta por el principio de proporcionalidad de la pena, ya sea en abstracto o en concreto, en función de la gravedad del hecho cometido; o bien en la valoración, nuevamente sobre la base de la ponderación de los intereses contrapuestos en concreto, del daño «injusto» previsto por el art. 2043 del Código Civil como presupuesto de la responsabilidad civil [86].

Por otro lado, opciones ético-políticas opinables y argumentables de diversa manera, tal como lo documentan los infinitos repertorios de jurisprudencia, están inevitablemente detrás de cualquier interpretación judicial de un mismo texto, a causa de los márgenes de ambigüedad y de indeterminación del lenguaje legal, ya se halle expresado en reglas o en principios. Piénsese en la indeterminación de nociones formuladas en términos valorativos, como la «peligrosidad social», cuya valoración se requiere para la aplicación de las medidas cautelares o de las medidas de seguridad; o también en los criterios de valoración de la gravedad del delito previstos por el art. 133 del Código Penal italiano, a los fines de la determinación de la medida de la pena; o piénsese en tipos penales como la «asociación subversiva» o «mafiosa», el «maltrato familiar» o la difamación que consiste en la «ofensa» a la «reputación» de los otros. En todo caso, precisamente la constitucionalización de los principios en materia de derechos reduce, en general, el espacio de la discrecionalidad interpretativa, dado que de todas las posibles interpretaciones que admite un mismo texto, se eligen como válidas sólo las compatibles con la constitución. Si luego, por la excesiva indeterminación semántica de las normas y por la ausencia de garantías, el poder del juez termina de hecho por ser un poder creativo, no reconducible a los tres poderes fisiológicos —de interpretación de la ley, de valoración de las pruebas y de connotación equitativa de los hechos—, entonces se convierte en lo que he denominado *poder de disposición*, que en cambio es un poder ilegítimo, con independencia del hecho de que las normas estén formuladas en forma de principios o de reglas, pues invade la competencia política de las funciones de gobierno y, por tanto, no puede aceptársele sin negar la separación de poderes y el mantenimiento mismo del Estado de Derecho [87].

---

[86] Por tanto, bajo este aspecto no es cierto que, como escribe ATIENZA, las reglas «son inmunes a la experiencia» (*El derecho como argumentación,* cit., 230).

[87] Sobre esta cuestión, reenvío a *Diritto e ragione,* cit., cap. III, § 12, 147-160.

Ahora bien, es fundamentalmente en la tesis de que los principios y los derechos expresados en ellos se hallan generalmente en conflicto, donde los sostenedores del constitucionalismo principialista fundan el papel sustancialmente creativo de la ponderación jurisdiccional, en virtud de la cual los principios se pesan pero no se aplican a casos concretos subsumibles en ellos, de modo tal que, también en sede judicial, la garantía de uno se daría siempre a expensas de la garantía de otro [88]. Esta tesis ha sido enormemente enfatizada. No hay que confundir la cuestión de la aplicabilidad de los principios con la del carácter opinable de su aplicación en concreto, compartida por muchas reglas y determinada por los márgenes de incertidumbre de su interpretación. En la mayor parte de los casos generalmente analizados —discriminaciones de las identidades personales con violación del principio de igualdad, medidas de policía introducidas en contraste con el principio de la libertad personal, limitaciones a la libertad de prensa en nombre de un supuesto principio de seguridad, y similares—, los principios se aplican a sus violaciones sin que necesariamente intervengan —más que en otros juicios— ponderaciones y opciones subjetivas de valor. En otros casos, efectivamente, hay conflictos o dilemas. Piénsese en la dificultad de valorar los límites a derechos expresados en principios directivos constitucionalmente establecidos, tanto más si consisten en los que Luis PRIETO ha denominado «los límites del límite» [89]: por ejemplo, del límite de la intimidad impuesto al ejercicio de la libertad de prensa, a su vez limitado si las noticias se refieren a personajes investidos de funciones públicas y tienen relevancia pública. Pero estos «casos difíciles», resueltos por la ponderación, inevitablemente ligada a la valoración de sus circunstancias específicas, no son más difíciles que los ya mencionados del concurso de circunstancias agravantes y atenuantes del delito, o del límite (proporcionalidad a la ofensa o al peligro) al límite (legítima defensa o estado de necesidad), representado por las causas eximentes del delito. También en estos casos la ponderación se refiere, no tanto a los principios, como a las circunstancias de hecho que justifican su aplicación o su no aplicación.

En cambio, los límites estructurales provenientes de algunos derechos al ejercicio de otros, cuando no consistan en principios directivos, no darán lugar a conflictos ni a ponderaciones. Por ejemplo, los derechos de libertad consistentes en inmunidades o en meras facultades, por razón de su propia estructura, al no comportar actos de ejercicio que interfieran en la esfera jurídica de otros, son límites inderogables al ejercicio negocial de los derechos consistentes en poderes de autonomía contractual, de grado subordinado a éstos y productor de efectos en la esfera jurídica de otros [90]. En general,

---

[88] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., § 2.2.2.3, 160-169, donde se eleva a «regla» o «ley de la ponderación» el «grado de importancia» asignado en cada caso por la jurisprudencia constitucional, a la seguridad respecto a la libertad de imprenta o viceversa, con argumentos necesariamente opinables. Recuérdese también la tesis de Anna PINTORE, mencionada en la nota 78, de la «suma cero» en el grado de garantía de los derechos.

[89] L. PRIETO SANCHÍS, «Constitucionalismo y garantismo», en M. CARBONELL y P. SALAZAR UGARTE (eds.), *Garantismo. Estudios,* cit., 50-51. Cfr. también, sobre el punto, G. P. LOPERA MESA, *Principio de constitucionalidad constitucionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 45 y ss.

[90] Para un análisis de las múltiples relaciones entre libertad y derechos fundamentales, muchas de las cuales no de conflicto sino de subordinación, remito a *PiI*, § 1.6, 134, § 2.4, 159-161 y § 11.6, 752-759, y a *PiII,* §§ 13.14, 72-77, § 15.1, 308 y § 15.7, 336-337, donde he distinguido cuatro niveles de libertad: el de las *libertades de hecho*, limitables por el ejercicio de los poderes que son directa o indirectamente expresión de los *derechos de autonomía*, dentro de los límites impuestos a su vez por los *derechos de libertad* constitucional-

todos los conflictos entre normas de grado diverso y los incumplimientos de normas supra-ordenadas, dan lugar no a conflictos solucionables por los intérpretes mediante la argumentación y la ponderación, sino, más bien, a antinomias y lagunas estructurales, es decir a vicios consistentes en violaciones de reglas o de principios regulativos que sólo pueden ser removidos por intervenciones reparadoras: por la anulación jurisdiccional de las normas inválidas y por la producción legislativa de las normas que faltan.

En resumen, mucho más que el modelo principialista y argumentativo, que confía la solución de las aporías y de los conflictos entre derechos a la ponderación judicial, debilitando así la normatividad de las constituciones y la fuente de legitimación de la jurisdicción, el paradigma garantista del constitucionalismo rígido requiere que el poder judicial sea lo más limitado posible y vinculado por la ley y por la constitución, según el principio de la separación de los poderes y la naturaleza de la jurisdicción, tanto más legítima cuanto más cognoscitiva y no discrecional. Los jueces, conforme a tal paradigma, no balancean normas, sino antes bien, las circunstancias de hecho que justifican la aplicación o la no aplicación de las mismas. No pueden crear o ignorar normas, lo que implicaría una invasión de la esfera política de la legislación, sino sólo censurar su invalidez cuando son contrarias a la Constitución: anulándolas si se trata de la jurisdicción constitucional, o promoviendo cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria; en ambos casos, interviniendo no en la esfera legítima, sino en la esfera ilegítima de la política. De hecho, la legitimidad de la jurisdicción se funda, a mi parecer, en el carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley, dependiente a su vez, mucho más que de su formulación como regla, del grado de taxatividad y de determinación del lenguaje legal; mientras la indeterminación normativa, y la consiguiente discrecionalidad judicial, son siempre un factor de deslegitimación de la actividad del juez [91]. Bajo este aspecto, el cognoscitivismo judicial (*veritas*

---

mente estipulados, de los que las *libertades de* son a su vez limitadas, tendencialmente, por las *libertades frente a*, las que, al consistir sólo en inmunidades no asociadas a facultades o potestades, y al no comportar por ello ningún ejercicio, son generalmente límites a los otros derechos, aunque dentro los límites antes señalados en los llamados «casos difíciles». *Vid.* también, para un tratamiento más amplio de los conflictos entre derechos, mi *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, cit., cap. V, 83-98.

[91] Chiara TRIPODINA, «E' la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui limiti e sui vincoli del giudice delle leggi», en *Costituzionalismo.it* sostiene: *a)* que mi tesis del carácter siempre relativo e imperfecto de la legitimidad de la jurisdicción que se sigue del carácter probabilísta de la verdad fáctica y opinable de la verdad jurídica, equivaldría a decir que «la atribución de significado a las disposiciones legislativas y constitucionales no es una operación vinculada por el Derecho, no es comprobación de la verdad, sino que es un acto de libertad del intérprete»; *b)* que de este modo, tras de haber admitido que también la jurisdicción comporta «una específica esfera de lo decidible ligada a la decidibilidad de la verdad procesal», habría recurrido «de modo tautológico», para «distinguir entre discrecionalidad política y discrecionalidad judicial [...], precisamente a la ficción de la naturaleza meramente cognoscitiva de la jurisdicción que apenas [habría] desenmascarado»; *c)* que, en resumen, la discrecionalidad judicial de los jueces constitucionales no es diversa de la discrecionalidad política de los parlamentos, sino por el hecho de que se manifiesta en la decisión de lo indecidible. Y me pregunta: «¿que es lo que hace que la Corte constitucional esté más legitimada que el parlamento para decidir lo indecidible?», y «¿es para FERRAJOLI la Corte constitucional el único poder bueno que no puede hacer mal?» (*ibid.,* 6-7 y 10). Preguntas y críticas análogas me han sido dirigidas por Pablo DEL LORA, «Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo», en M. CARBONELL y P. SALAZAR, *Garantismo. Estudios,* cit., 254, y por A. GREPPI, «Democracia como valor, como ideal y como método», *ibid.,* 352. Estas críticas y estas preguntas son el fruto, a mi modo de ver, de un malentendido. Decir que la verdad jurídica es opinable y que la interpretación comporta espacios de discrecionalidad y consecuentes decisiones, no quiere decir en absoluto que esté desvinculada del Derecho y que no admita «comprobación» sino «un acto de liber-

non auctoritas facit iudicium), aunque sólo sea como ideal regulativo, es la otra cara del convencionalismo legal, esto es, del principio iuspositivista de legalidad (*auctoritas non veritas facit legem*). Obviamente, la satisfacción de un ideal semejante es una cuestión de grado, dependiente del grado de determinación o de estricta legalidad del lenguaje legal. Pero más allá de un cierto grado de indeterminación, el poder judicial, cuando degenera en poder creativo o de disposición, repito, pierde toda legitimidad. Y esto puede ocurrir tanto si las normas están expresadas en forma de principios, como si lo son en forma de reglas.

En todos los casos, sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos, y quizás complacerse de ambas cosas en apoyo del activismo judicial[92], promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible. En efecto, entre los factores más graves de la discrecionalidad judicial y del creciente papel de la argumentación, está la crisis del lenguaje legal, que ha llegado a ser ya una verdadera disfunción: por la imprecisión y la ambigüedad de las formulaciones normativas, por su oscuridad y, a veces, su contradictoriedad, por la inflación legislativa que ha comprometido la capacidad reguladora del Derecho. Pero éste no es un fenómeno natural. Depende de la mala legislación y del carácter vago y valorativo de las normas constitucionales, cuya responsabilidad es, ciertamente, de la política, pero pesa también sobre la cultura jurídica. Por otro lado, debemos darnos cuenta de que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida ineliminables, no son simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del Estado de Derecho en su totalidad. Por eso, la ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de Gaetano FILANGIERI y de Jeremy BENTHAM de una

---

tad del intérprete». En efecto, la decidibilidad de la verdad de una tesis no sólo no excluye, sino que, al contrario, implica su carácter cognoscitivo, dado que cualquier verdad, excluidas las verdades lógicas o matemáticas, requiere de decisiones. Al contrario, es justamente la indecidibilidad de una tesis jurídica, determinada por el carácter totalmente vago del lenguaje legal, la que genera una discrecionalidad impropia, de tipo político, y comporta la degeneración del poder judicial en lo que he denominado un ilegítimo «poder de disposición». En cambio, en los casos en los que la verdad judicial es decidible, la jurisdicción está vinculada a la ley, y consiste, a diferencia de cualquier actividad negocial o legislativa de gobierno, en la aplicación sustancial y no ya en el simple respeto de las normas sobre la producción; consiste en la actuación de normas preexistentes a través de la comprobación de los actos inválidos o ilícitos que las violan, y no en la introducción de nuevas normas. Por esto, el poder judicial es no tanto un poder «bueno», sino más bien un poder negativo, absolutamente inidóneo para las funciones de gobierno. Recuérdense las palabras de Alexander Hamilton: «El judicial [...] no puede influir ni en la espada ni en la bolsa» y por eso es, «sin parangón alguno, el poder más débil de los tres del Estado», dado que «nunca podrá atacar con algún éxito a ninguno de los otros dos» [A. HAMILTON, J. JAY y J. MADISON, *The Federalist* (1788), tr. it., *Il federalista*, Bologna, Il Mulino, 1997, 623 (trad. cast. de G. R. VELASCO, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943)]. Sobre la diferencia estructural entre función judicial y funciones de gobierno, entre discrecionalidad judicial y discrecionalidad política y sobre la inconsistencia del peligro de un «gobierno de los jueces», reenvío a *PiI*, §§ 9.15-9.16 y 12.6-12.8, 556-566 y 869-885 y a *PiII*, § 13.4 y 14.12, 71-77 (y notas 88-89) y 212-218 (y nota 82) y a mi respuesta a DE LORA y a GREPPI en *Garantismo. Una discusión,* cit., § 5.4, 93-98.

[92] Tecla MAZZARESE (*Ancora su ragionamento giudiziale,* cit., § 5.2.2) recuerda la apología de las «ambigüedades» del *Bill of Rights* formulada por S. HUFSTEDLER, «In the Name of Justice», en *Stanford Lawyer,* 14, 1979, 4-5) y el valor asociado por G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite,* cit., cap. VI, § 6, al pluralismo y a la indeterminación de los principios como factores de «soluciones buenas, comprensivas de todas las razones que pueden reivindicar buenos principios en su sostén» (168).

«ciencia de la legislación»[93], integrándolo con el programa de una «ciencia de la constitución», como la llamó Giandomenico ROMAGNOSI[94]. Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible.

7. LA NORMATIVIDAD FUERTE DE LAS CONSTITUCIONES SEGÚN EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

El constitucionalismo principialista, al igual que el realismo y el neopandectismo, conlleva, en definitiva, un debilitamiento y virtualmente un colapso de la normatividad de los principios constitucionales, así como una degradación de los derechos fundamentales establecidos en ellos a meras recomendaciones genéricas de tipo ético-político. Adicionalmente, subvierte la jerarquía de las fuentes, confiando la opción de actuar esta o aquella norma constitucional a la ponderación legislativa y a la judicial y, por ello, a la discrecionalidad potestativa del legislador ordinario y de los jueces constitucionales. De esta manera, la ciencia jurídica y la jurisprudencia, gracias al rol asociado a la ponderación de los principios, vuelven a reivindicar su papel de fuentes supremas del Derecho; con el resultado paradójico de que la experiencia jurídica más avanzada de la modernidad, representada por la positivización del «deber ser» del Derecho y por la sujeción de todo poder a límites y a vínculos jurídicos, se interpreta como una suerte de regresión al Derecho jurisprudencial y doctrinario premoderno.

Por el contrario, el constitucionalismo iuspositivista y garantista, teorizando el desnivel normativo y la consiguiente divergencia entre normas constitucionales sobre la producción y normas legislativas producidas, impone reconocer, como su virtual y fisiológica consecuencia, el *derecho ilegítimo*, inválido por acción o incumplidor por omisión, cuando se produzca una violación de su «deber ser jurídico». Por ende, confiere a la ciencia jurídica un rol crítico frente al derecho mismo: frente a las *antinomias* generadas por la indebida presencia de normas en contradicción con los principios constitucionales, y frente a las *lagunas* generadas por la ausencia indebida de normas impuestas por aquéllos. En pocas palabras, el constitucionalismo garantista comporta el reconocimiento de una *normatividad fuerte* de las constituciones rígidas, en virtud de la cual, dado un derecho fundamental constitucionalmente establecido, de tomarse la constitución en serio, no deben existir normas que estén en contradicción con aquél, y debe existir —en el sentido de que debe ser obtenido por vía de la interpretación

[93] G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), edición crítica dirigida por V. FERRONE, Venecia, Centro di studi sull'Illuminismo europeo «G.Stiffoni», 2003 (trad. cast. de J. RIBERA, *La ciencia de la legislación*, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1821-1822); J. BENTHAM, «Traités de législation civile et pénale», en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, 3.ª ed., Bruxelles, Hauman, 1840, t. I, 1-342 (trad. cast. de R. SALAS, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Editora Nacional, 1981).

[94] G. ROMAGNOSI, *La scienza delle costituzioni* (Opera postuma, 1848), Edición crítica de G. ASTUTI con el título *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa* (*La scienza delle costituzioni*), Roma, Reale Accademia d'Italia, 1937, t. 2.

sistemática, o bien introducido por vía de la legislación ordinaria— el deber correspondiente a cargo de la esfera pública. Se trata de una normatividad fuerte, ante todo, frente a la legislación, a la que impone evitar las antinomias y colmar las lagunas con leyes de actuación idóneas, y, en segundo lugar, frente a la jurisdicción, a la que le impone remover las antinomias y señalar las lagunas. En resumen, debemos reconocer que la constitución es un proyecto normativo en gran parte no actuado y que el futuro de la democracia depende de la más plena actuación de su normatividad (siempre parcial e imperfecta).

(Traducción de Nicolás Guzmán)

EL CONSTITUCIONALISMO IMPOSIBLE DE LUIGI FERRAJOLI*

Josep Aguiló Regla
Universidad de Alicante

RESUMEN. El trabajo es una crítica a la concepción del constitucionalismo jurídico defendida por Ferrajoli. Se concluye que el constitucionalismo que propone es impracticable porque su asunción desemboca en sinsentidos prácticos. Para mostrarlo, el trabajo se centra en la crítica de tres tesis ferrajolianas: 1) la tesis de la rigidez (el Estado constitucional se identifica jurídicamente sólo por la *lex superior*); 2) la tesis de la normatividad (no hay diferencia estructural entre principios y reglas), y 3) la tesis de la correlatividad (los enunciados de derechos significan exactamente lo mismo que los enunciados que expresan sus deberes correlativos). Cada una de estas tesis se cruza con tres momentos (y/o contextos) que, en opinión del autor, una buena teoría de la constitución debe ser capaz de distinguir y de integrar: 1) «Tener una constitución»; 2) «darse una constitución», y 3) «vivir en constitución».

Palabras-clave: Ferrajoli, constitucionalismo, positivismo jurídico, post-positivismo.

ABSTRACT. The paper is a critique of the conception of legal constitutionalism defended by Ferrajoli. The conclusion is that the constitutionalism that he proposes is not practicable because his assumption ends in practical nonsenses. To show it, the paper focuses on the critique of three main theses: 1) the rigidity thesis (the Constitutional State is legally identified just by *lex superior*); 2) the normativity thesis (there is no structural difference between principles and rules), and 3) the correlativity thesis (sentences of rights mean exactly the same that sentences that express their correlative duties). Each one of these theses is crossed with three different moments (and/or contexts) that according to the author a good theory of the constitution must be able to distinguish and to integrate: 1) The moment of having a constitution; 2) the moment of giving ourselves a constitution, and 3) the moment of living according to a constitution (of practicing it).

Keywords: Ferrajoli, constitutionalism, legal positivism, post-positivism.

---

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.
Este escrito se enmarca en el proyecto «Argumentación y constitucionalismo» (Ref. DER2010-21032) del Plan Nacional I+D+I (2008-2011) del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

INTRODUCCIÓN

1. Dos temas han acaparado la discusión en teoría del Derecho en las últimas décadas. El primero de estos temas ha sido el de la vigencia y/o la superación del positivismo jurídico. Uno de los resultados producidos por esta discusión ha sido el desplazamiento de la tradicional contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo por la más vigente que opone los autores (teorías) positivistas a los autores (teorías) post-positivistas. La razón de este cambio radica en que prácticamente todo el mundo acepta la tesis positivista de las fuentes sociales del Derecho (nadie —o casi nadie— sostiene que haya Derecho o principios jurídicos fuera de la historia). La discrepancia entre unos autores y otros se fija, pues, en torno al otro gran principio del positivismo jurídico: el de la separación conceptual entre Derecho y moral. El segundo tema de discusión ha sido el del (mal) llamado (neo-constitucionalismo o) constitucionalismo jurídico. La discusión ha versado sobre el tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho; y ha girado en torno a, por un lado, cuestiones de justificación y, por otro, cuestiones metodológicas (si dicha transición implica o no un cambio de paradigma jurídico).

Estas dos cuestiones presentan un nivel de solapamiento en los contenidos que ha tendido a crecer. Por decirlo en la terminología de Ross, se trata de una superposición de tipo «parcial-parcial» que muestra, en algunos países, una tendencia expansiva hacia la superposición «total-total». Piénsese, por ejemplo, en la siguiente enumeración de temas comunes: principios y reglas; observador, participante y aceptante; el Derecho como sistema y el Derecho como práctica; subsunción y ponderación; discrecionalidad y única respuesta correcta; la correlatividad entre derechos y deberes; casos regulados/no regulados y casos fáciles/difíciles; lagunas normativas y lagunas axiológicas; aplicación del Derecho y derrotabilidad de las normas; interpretación intencionalista y/o literal e interpretación orientada por valores; lealtad a las normas y lealtad a las razones subyacentes a las normas; etc. Esta enumeración de temas comunes podría ampliarse, pero es más que suficiente para ilustrar la amplia intersección entre la cuestión del positivismo jurídico y la cuestión del constitucionalismo jurídico.

En términos generales, puede decirse que los autores que consideran plenamente vigente el positivismo jurídico tienden a ser escépticos, o a mostrar muchas prevenciones, a propósito de la evolución del Estado legal de Derecho hacia el Estado constitucional. Además tienden también a pensar que no hay en realidad un nuevo paradigma jurídico, sino un simple desplazamiento de poder en favor de los jueces y, en consecuencia, un puro incremento de la discrecionalidad (en el sentido de libertad de elección) judicial. Otros autores, por el contrario, tienden a valorar positivamente la referida evolución hacia el Estado constitucional de Derecho y, por tanto, o bien consideran que ya no tiene sentido seguir sosteniendo la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral; o bien piensan que se ha hecho patente el error de una tesis (la de la separación) que siempre estuvo equivocada. Tanto en un caso como en otro, estos últimos autores tienden a considerar que el desarrollo del constitucionalismo jurídico está suponiendo el fin del ciclo histórico y/o teórico del positivismo jurídico. En este sentido y en términos generales, se ven a sí mismos como post-positivistas.

2. Luigi FERRAJOLI es, sin duda, uno de los autores en lenguas latinas que más ha contribuido a la extensión de la conciencia de la relevancia de los cambios que en el mundo jurídico ha producido el constitucionalismo que se ha desarrollado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días. Él ha insistido particularmente en la idea de «cambio de paradigma». Junto a ello, además, ha procedido a una defensa cerrada del positivismo jurídico. Así, frente a quienes han pensado que el constitucionalismo jurídico habría supuesto una superación del positivismo, él ha enfatizado mucho la idea de que representa su expansión o culminación, pues —como suele decir— se ha hecho positivo no sólo el «ser» del Derecho (la legislación), sino también su «deber ser» (la constitución sustantiva). En este sentido, no cabe duda de que se trata de un autor que no encaja en las tendencias anunciadas en el parágrafo anterior. Lejos de dejarse arrastrar por las «corrientes» se muestra como un firme (y simultáneo) defensor tanto del iuspositivismo como del constitucionalismo jurídico.

3. En este trabajo me propongo criticar la concepción del constitucionalismo de Luigi FERRAJOLI centrándome principalmente en su trabajo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» [1]. La tesis que voy a sostener es que el constitucionalismo que FERRAJOLI propone es impracticable porque su asunción desemboca en sinsentidos prácticos. Para tratar de mostrarlo voy a detenerme en tres tesis de FERRAJOLI que llamaré respectivamente: 1) la **tesis de la rigidez** (el Estado constitucional se identifica jurídicamente sólo por la *lex superior*); 2) la **tesis de la normatividad** (no hay diferencia estructural entre principios y reglas y la insistencia en la misma produce un debilitamiento de la obligatoriedad de la constitución), y 3) la **tesis de la correlatividad** (los enunciados de derechos significan exactamente lo mismo que los enunciados que expresan sus deberes correlativos). Estas tres tesis no abarcan todo lo sostenido por FERRAJOLI en el trabajo aquí criticado pero sí son plenamente representativas de su constitucionalismo positivista.

Para estructurar mi crítica voy a cruzar cada una de estas tesis de FERRAJOLI con tres momentos (y/o contextos) que, en mi opinión, una buena teoría de la constitución debe ser capaz de distinguir y de integrar. Me refiero a los siguientes: 1) **«Tener una constitución»** (en el que se incluyen los problemas estructurales y de identificación del Estado constitucional y/o de la constitución del Estado constitucional; es decir, lo que podríamos llamar la estática constitucional). 2) **«Darse una constitución»** (en el que se incluyen las peculiaridades de la constitución como fuente-acto; lo que implica hablar de promulgación de la constitución y de poder constituyente). Y 3) **«vivir en constitución»** (en el que se incluyen las peculiaridades de la dinámica constitucional que no se dejan reducir a la noción de sistema y que remiten a la idea de práctica constitucional) [2]. El cruce de las tres tesis de FERRAJOLI con los tres momentos referidos genera

---

[1] L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», N. GUZMÁN (trad.), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2010, 15 y ss.

[2] Prefiero no detenerme ahora a explicar con precisión la distinción de estos tres momentos (y/o contextos) y entrar directamente en lo importante: la crítica del constitucionalismo de FERRAJOLI. Ello no será obstáculo, me parece, para que al final el lector se haga una idea clara del porqué y del alcance de la distinción. En cualquier caso, la he desarrollado en J. AGUILÓ REGLA, «"Tener una Constitución", "darse una Constitución" y "vivir en Constitución"», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 28, abril 2008, 67-86. Una versión muy semejante puede verse en «Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución», en M. CARBONELL y L. GARCÍA JARAMILLO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, 229-246.

nueve ítems de discusión. Hay que advertir, sin embargo, que las fronteras entre ellos serán ciertamente fluidas.

Alguien podría pensar que esta forma de proceder es desleal con FERRAJOLI porque supone modificar de manera drástica el terreno de juego que él previamente ha fijado. Sin embargo, esa modificación es completamente necesaria para no incurrir en esa especie de «segregacionismo discursivo» que FERRAJOLI practica de manera estricta [3] y que, en mi opinión, constituye una peligrosa fuente de falacias. Porque una cosa es introducir y usar distinciones para poner orden en el discurso sobre el Derecho, y otra muy distinta, fragmentar la experiencia y la fenomenología jurídicas en múltiples discursos desconectados y opuestos entre sí. Si bien se considera, este «segregacionismo discursivo» está en la base de lo que, en mi opinión, es el reproche más general que puede dirigirse a FERRAJOLI: la pretensión de construir un «constitucionalismo jurídico no constitucionalista»; o, dicho en términos algo menos paradójicos, de separar completamente el «constitucionalismo jurídico» del «constitucionalismo político». Así escribe:

> «[...] el constitucionalismo "jurídico" o, si se prefiere, el "ius-constitucionalismo", designa un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho, ambos ligados a la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo XX, tal como se afirmó con las constituciones rígidas de la segunda posguerra. **Algo completamente distinto** es el constitucionalismo "político" —moderno pero también antiguo— como práctica y como concepción de los poderes públicos dirigidas a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad: en este sentido, tanto los límites a los poderes como las garantías de las libertades, son límites y garantías reivindicados y acaso realizados como límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos, y no, ciertamente, como límites y garantías *jurídicas internos* a los mismos. Sin embargo, es **en oposición a esta noción política** de constitucionalismo como se ha venido afirmando, en el léxico y en el debate filosófico-jurídico, la expresión "neoconstitucionalismo", referida a la experiencia jurídica de las actuales democracias constitucionales» (pp. 17 y 18. La negrita es mía).

El énfasis puesto en la separación no está destinado a tomar conciencia de la intensidad de los cambios producidos en el interior del constitucionalismo, sino a separar y encapsular los discursos jurídico y político sobre la constitución. Sin embargo, la división de poderes es un principio jurídico-político fundamental que recorre «todo» el constitucionalismo. La falacia no está en distinguir, sino en segregar [4].

---

[3] Según ATIENZA, FERRAJOLI para «blindar» su teoría frente a los críticos «utiliza básicamente dos estrategias argumentativas (basadas en lo que PERELMAN llamaba "técnicas de disociación"): el carácter formal de su teoría, y la distinción entre el discurso de la teoría del Derecho y el propio de la dogmática, la sociología, la historia o la filosofía política y moral». M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 157-158.

[4] En mi opinión, el contramodelo de FERRAJOLI lo representa Carlos S. NINO. El eslogan de FERRAJOLI podría ser «distinguir para segregar»; el de NINO, «distinguir para integrar». Así, por ejemplo, a propósito de esta misma cuestión de las relaciones entre el constitucionalismo político y el jurídico, NINO introduce la noción de «constitucionalismo pleno» y escribe: «Este sentido [el constitucionalismo] requiere no sólo la existencia de normas que organicen el poder y que están en cierto modo atrincheradas frente al proceso legislativo normal, sino también y preeminentemente que se satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública. Este es el sentido expresado por el art. 16 de la Declaración francesa de los derechos cuando dice que "una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene una Constitución". Estas exigencias son las que definen el concepto de democracia liberal o constitucional» (C. S. NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Buenos Aires, Astrea, 1992, 4.

1. A PROPÓSITO DE LA TESIS DE LA RIGIDEZ

La tesis de la rigidez sostiene que el Estado constitucional de Derecho (o la constitución del Estado constitucional) se identifica sólo por la *lex superior*, es decir, por rasgos puramente estructurales (formales) y avalorativos.

1.1. En *Tener una constitución* incluyo los componentes estáticos de la teoría de la constitución, es decir, los problemas de identificación del Estado constitucional y/o de la constitución del Estado constitucional.

Escribe y estipula FERRAJOLI:

> «Así, será conveniente utilizar la expresión "ius-constitucionalismo" o "constitucionalismo jurídico", o mejor aun "Estado constitucional de Derecho" o simplemente "constitucionalismo", para designar —en oposición al "Estado legal" o "Estado legislativo de Derecho", privado de constitución o dotado de constitución flexible— al constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucionales, cualquiera sea su concepción filosófica y metodológica. En este sentido, **el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad [...]**» (p. 14. La negrita es mía).

Como se ve, en el párrafo se alude a las «democracias constitucionales» (que quedan en el trasfondo del discurso) para inmediatamente estipular que el Estado constitucional de Derecho se identifica «sólo» por la existencia positiva de una *lex superior* a la legislación. Es decir, por un lado, se «alude» a las democracias constitucionales y, por otro, inmediatamente se «elude» la cuestión sustantiva y política. Frente a esta actitud, y parafraseando a Elías DÍAZ, uno se siente tentado de decir bien alto y claro que del mismo modo que no todo Estado que tiene legislación es un Estado legal de Derecho, no todo Estado que tiene una constitución rígida y normativa (la *lex superior* de la que habla FERRAJOLI) es un Estado constitucional [5]. Por sí misma la *lex superior* identifica tan poco al Estado constitucional de Derecho como la *lex posterior* al Estado legal (o legislativo) de Derecho. El «Estado de Derecho», en general, no es simplemente observable a partir de puros rasgos estructurales. Todos sabemos, por ejemplo, que la rigidez constitucional orientada a preservar la «verdadera religión» (es decir, a negar la libertad religiosa) es incompatible con lo que llamamos Estados constitucionales;

---

[5] Hace ya muchos años, en 1966, Elías DÍAZ comenzaba su conocidísimo libro *Estado de Derecho y sociedad democrática* con un lapidario «No todo Estado es un Estado de Derecho». Esta frase pretendía cumplir algunas funciones coyunturales vinculadas a la resistencia democrática española a la dictadura franquista; pero la frase en cuestión tenía (y tiene) un sentido teórico que trasciende con mucho a aquella coyuntura política. El concepto de «Estado de Derecho», viene a decir la frase, no es sólo un concepto descriptivo-clasificatorio, es también —y de manera muy relevante— un concepto valorativo. Ello es muy importante por lo siguiente: el Estado de Derecho no coincide simplemente con la juridicidad o la legalidad como parecen suponer muchos juristas positivistas. Si así fuera, todo Estado moderno sería un Estado de Derecho, pues ningún Estado puede prescindir del Derecho como un instrumento para guiar y controlar las conductas. Es, pues, un concepto normativo/valorativo cuya función no es describir una mera propiedad del Derecho moderno. Es un concepto normativo/valorativo, resultado de la asunción de ciertas exigencias ético-políticas y que sirve para evaluar los diferentes sistemas jurídico-positivos (cfr. F. LAPORTA, «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16, vol. I, 1994, 133 y ss.). Por ello, porque el concepto de «Estado de Derecho» tiene la referida naturaleza normativo-valorativa, se explica que en torno a él puedan desarrollarse las actitudes crítico-prácticas propias de un «aceptante». Con el concepto de «Estado constitucional de Derecho» ocurre exactamente lo mismo.

sin embargo, lo que nos propone FERRAJOLI es que en cuanto juristas operemos como que es así. Nos propone que seamos leales al positivismo aunque para ello debamos vaciar el garantismo. La insuficiencia de sus planteamientos proviene de la necesidad de dotar de valor y de sentido a las referidas propiedades estructurales. Entre otras cosas, porque la rigidez y la normatividad de las constituciones sólo son valiosas (no en vano se trata de puras técnicas de protección) en la medida en que sean **garantía** de cosas a su vez consideradas valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa y/o no justificada) resultan simplemente insoportables e irracionales. Sólo si se introduce el componente de valor inserto en esas mismas constituciones tiene sentido, en mi opinión, hablar de «garantismo». Una garantía independizada del valor de lo garantizado es, me parece, un sinsentido en términos prácticos [6]; siguiendo la terminología de MERTON se trataría de mero ritualismo [7].

En algún momento, da la impresión de que FERRAJOLI abandona su peculiar formalismo y cede ante la evidencia. Así escribe:

> «De este modo, el antiguo y recurrente contraste entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad* [...] ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivación de la "ley de la razón" —aun cuando históricamente determinada y contingente— bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la "ley de la voluntad", que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría» (p. 25).

Suscribo completamente este párrafo de FERRAJOLI. En realidad, creo que la referencia que hace a la historia sólo puede espantar a algún iusnaturalista ultramontano. Hoy en día, ¿quién sostiene seriamente que hay principios jurídicos fuera de la historia? Ahí no está la discusión. El problema de FERRAJOLI es que o bien abandona su positivismo o bien no puede hablar de ley de la razón. Su positivismo, porque es estrictamente incompatible con hablar de ley de la razón. Así escribe:

---

[6] Lo mismo podría decirse a propósito de la noción de derecho fundamental de FERRAJOLI. Los rasgos de fundamentalidad, universalidad e inalienabilidad son entendidos como una combinación de, por un lado, el resultado de actos de voluntad (todos los derechos son siempre situaciones constituidas, nunca constituyentes) y, por otro, características puramente formales. En particular, el rasgo de la inalienabilidad, que en la comprensión general de los derechos fundamentales aparece vinculada a su dimensión de valor objetivo y que apoya la interpretación de la constitución como ley de la razón, se convierte en la concepción de FERRAJOLI en un puro derivado lógico de la universalidad, entendida también en sentido puramente lógico. Sobre ello, véase M. ALEMANY, «La inalienabilidad de los derechos humanos», en P. BRUNET y F. J. ARENA (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011, 17-52. Escribe ATIENZA a propósito de la cuestión del valor: «si se confronta la definición de FERRAJOLI de los derechos fundamentales con las que pueden encontrarse en algunos iusfilósofos analíticos (se refiera a Francisco LAPORTA) se llega fácilmente a la conclusión de que hay una nota que estos últimos incluyen, pero que falta en el concepto [...] de FERRAJOLI: se trata de la idea de valor, de que los derechos humanos [...] representan o incorporan algo así como las razones más fuertes, vale decir, razones o exigencias de carácter moral», en M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 158-159.

[7] Como es sabido, Robert K. MERTON clasificaba en cinco formas diferentes la adaptación de los individuos a los grupos sociales. Dentro de ellas, el ritualismo se caracterizaba por el rechazo de los fines definidos culturamente (*cultural goals*) y la aceptación de los medios institucionales. Cfr. R. K. MERTON, «Social Structure and Anomie», en *American Sociological Review*, vol. 3, núm. 5 (oct. 1938), 676 y ss.

> «La finalidad de esta intervención [el artículo aquí criticado] es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente "iuspositivista", entendiendo por "positivismo jurídico" una concepción y/o un modelo de Derecho que reconoce como "Derecho" a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia» (p. 16).

Y como no abandona el positivismo, tiene que abandonar su «ley de la razón», pues no es más que una pura «ley de la voluntad». El *lex superior* del constitucionalismo positivista de FERRAJOLI significa exclusivamente *auctoritas superior* (es decir, voluntad superior). Si bien se considera, no deja espacio alguno para que quepa hablar de un genuino constitucionalismo de los derechos como ley de la razón. Y ello nos lleva al siguiente momento que una buena teoría de la constitución debe ser capaz de distinguir y de integrar.

1.2. En *Darse una constitución* incluyo los aspectos relativos al tratamiento de la constitución como fuente-acto.

Escribe FERRAJOLI en *Principia iuris*:

> «El decimocuarto postulado [...del positivismo jurídico...] excluye que puedan ser constituyentes figuras consistentes en expectativas o en no permisiones positivas o negativas. Se deducirá [...] que "constituyente" no puede ser ni un derecho, ni una obligación ni una prohibición, sólo un poder y, precisamente, aquella específica facultad que llamaremos "poder constituyente" [...] Todos los derechos en efecto, incluidos los fundamentales, consisten en expectativas [...] constituidas» [8].

Tenemos pues que, según FERRAJOLI, el Estado constitucional se identifica en términos jurídicos sólo por la rigidez constitucional; y que aunque la constitución del Estado constitucional no es más que un mero producto de la voluntad («constituyente sólo puede ser un poder») sus normas se atrincheran (aseguran o garantizan) como si fueran la ley de la razón. Es evidente que en un sistema jurídico-político que cuenta con la «forma constitucional» (es decir, con una «constitución formal») se ha tomado una «decisión» respecto de qué cuenta como constitución dentro de ese sistema jurídico-político, pero de ahí no se sigue nada suficiente para la identificación del Estado constitucional. Sólo algunos Estados que cuentan con una constitución formal, rígida y regulativa son Estados constitucionales: aquellos cuyas constituciones satisfacen ciertos «contenidos». Lo característico (y distintivo) no está sólo en la forma ni sólo en la sustancia. Sino en que la forma (la *lex superior*) opera como garantía de cierta sustancia, no de cualquier sustancia. Si uno acepta este elemental razonamiento se ve abocado a extraer el siguiente corolario. En toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios. No es concebible un Estado constitucional sin derecho a la libertad de expresión, sin derecho de asociación o sin los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, etc. Sin esos derechos y/o principios podría haber *lex superior* pero no Estado constitucional de Derecho. Es discutible cuál es el contenido «esencial» del Estado constitucional (aquél sin el cual no podría hablarse de Estado constitucional), pero lo que, en mi opinión, resulta indudable es que la «ley de la razón» no se identifica sólo por la forma jurídica que adopta. Sino que es al revés: se le da cierta forma porque se la considera «ley de la razón». Entender el Estado cons-

[8] L. FERRAJOLI, *Principia iuris. 1. Teoría del diritto*, Laterza, 2007, 100-101 (la traducción es mía).

titucional desde la perspectiva de las fuentes-acto supone darse cuenta de que hay un núcleo en el que opera el tan denostado por FERRAJOLI *«veritas, non auctoritas facit legem».* Tomemos como ilustración de lo que se quiere decir el art. 16 de la Constitución española. Es trivialmente cierto que la forma constitucional iguala los apartados 1 (reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de culto) y 3 (deber de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica) de dicho artículo. No hay duda, ambos apartados son igualmente fragmentos de la Constitución española. Pero de ahí no se sigue que «pesen» lo mismo en términos jurídicos. El apartado 1 expresa un principio **necesario** del constitucionalismo democrático (de forma tal que si ese contenido fuera eliminado del texto y/o de la práctica constitucional difícilmente diríamos que estamos ante un Estado constitucional de Derecho), mientras que el apartado 3 expresa todo lo más (en el mejor de los casos) un contenido idiosincrásico (podría no formar parte de la Constitución española o ser derogado sin que ello afectase a la calificación del orden jurídico-político español como Estado constitucional). Detrás de esta afirmación hay argumentos «no formales», «para-formales» o «meta-formales», pero en ningún caso, meta-constitucionales o meta-jurídicos. Es el producto de entrar a «ponderar» sustancia jurídica y de tomar en consideración, dentro de las normas constitucionales, la distinción entre normas necesarias y normas contingentes (es decir, idiosincrásicas):

1.2.1. En toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios y que, en consecuencia, son inderogables. No sólo en el sentido de que la rigidez constitucional hace difícil (o altamente improbable) la derogación de su formulación normativa; sino en el sentido de que si se derogan, entonces el Estado en cuestión dejaría de ser un Estado constitucional. Por ejemplo, no es concebible la derogación del principio de libertad de expresión, o del de independencia de los jueces, o del derecho de asociación; pueden cambiar las respectivas formulaciones normativas en que se «reconocen» esos principios y/o derechos, pero no es posible su eliminación como principios y derechos y seguir hablando de Estado constitucional de Derecho. Son, en este sentido, principios necesarios del Estado constitucional de Derecho. Se puede discutir cuál es ese núcleo esencial de contenidos del Estado constitucional, pero lo que es incuestionable, en mi opinión, es que esa «ley de la razón» de la que hablaba FERRAJOLI no se identifica por su forma jurídica; sino que se le da esa forma por sus méritos. En este sentido, entender el constitucionalismo jurídico supone darse cuenta de que hay un ámbito en el que opera el *«veritas, non auctoritas, facit legem».* Esto, en mi opinión, es una obviedad. Tan es así que, por ejemplo, para explicar por qué esos principios forman parte de la Constitución española nadie necesita acudir a la noción de poder constituyente. Si esos principios y/o derechos no estuvieran en la Constitución española, el constituyente español no habría constituido un Estado constitucional. En relación con estos contenidos (es decir, con la ley de la razón) explica bastante más la noción de «pretensión de corrección» que la noción de «poder constituyente» [9].

[9] La Constitución española suministra un espléndido ejemplo de lo que significa «principios necesarios» del constitucionalismo. En efecto, su título VI, «Del poder judicial», no hace ninguna alusión a la imparcialidad de los jueces, al principio de imparcialidad; es decir, no lo incluye dentro del conjunto de principios relevantes que deben guiar la función judicial. La pregunta importante que hay que responder es si conforme al Estado constitucional español el principio de imparcialidad judicial está a disposición o no del legislador. Es decir, si el legislador mediante ley puede ponerlo o quitarlo según le parezca. En mi opinión, el principio de imparcialidad judicial es un principio constitucional aunque la constitución promulgada no lo reconozca y, en consecuencia,

1.2.2. En toda constitución «positiva» de un Estado constitucional hay también normas que expresan contenidos «idiosincrásicos»; es decir, contenidos cuya explicación va referida a las peculiaridades históricas y sociales de cada Estado constitucional. En este sentido, en cada constitución hay normas cuya explicación necesita de la noción de poder constituyente; entendido éste como expresión de la singularidad histórica de cada Estado constitucional. Por ejemplo, la noción de poder constituyente es superflua para explicar por qué la Constitución española reconoce la libertad de expresión, pero es esencial para explicar por qué España es una monarquía y no una república. Es superflua para explicar el reconocimiento de la libertad religiosa pero es básica para explicar el deber de cooperación con la Iglesia Católica. Es decir, hay todo un ámbito en las constituciones positivas en el que es cierto el *dictum* de *«auctoritas, non veritas, fácit legem».*

En definitiva, la constitución del Estado constitucional es, sin duda, una fuente promulgada (una fuente-acto) y, en este sentido, es siempre susceptible de ser presentada como el producto de una voluntad constituyente, pero de ahí no se sigue que para el «constitucionalismo jurídico» el Estado constitucional se reduzca jurídicamente a la noción de *lex superior.* Si se huye del formalismo jurídico y del segregacionismo discursivo de FERRAJOLI algunas cosas se explican mucho mejor (como, por ejemplo, el desarrollo de un constitucionalismo común) y algunos temores y/o peligros simplemente se conjuran. En particular, el riesgo de «constitucionalismo ético» que tanto preocupa a FERRAJOLI es el producto de hacer una lectura meramente formalista de las constituciones positivas, pues supone inferir la moralidad de la sustancia a partir de la forma constitucional. Quien no incurra en ese formalismo y, por ejemplo, use la distinción recién considerada no tendrá dificultades para darse cuenta de que, en efecto, es posible que en una constitución positiva de un Estado constitucional haya normas constitucionales estrictamente «espurias». Normas que expresan un contenido idiosincrásico (son el producto de una voluntad) y que se juzgan como incoherentes con (es decir, que se consideran prohibidos por) los principios necesarios de un Estado constitucional. Naturalmente la calificación de «contenidos espurios» es el resultado de dar cierta prioridad a los principios necesarios frente a los contenidos idiosincrásicos; pero ahora eso no es lo importante. Lo fundamental es darse cuenta de que el constitucionalismo jurídico tiene que lidiar con una dialéctica (una tensión) entre los aspectos sustantivos y los aspectos autoritativos de la constitución. Para explicar (y gestionar) esa tensión hay, sin embargo, que abandonar el momento «darse una constitución».

1.3. En *Vivir en constitución* incluyo aquellos aspectos de la dinámica constitucional que se resisten a ser reducidos a la noción de sistema y que remiten más bien a la idea de «práctica» constitucional. Si bien se considera todo lo dicho en los dos epígrafes anteriores puede resumirse en lo siguiente: *a)* El Estado constitucional de Derecho no se identifica sólo por rasgos estructurales (como, por ejemplo, la *lex superior* de FERRAJOLI), hay también un componente valorativo o ideal, y *b)* en el Estado consti-

---

no es disponible por el legislador. Podría sostenerse que en realidad no se trata de un principio necesario sino un principio implícito, pues puede extraerse por interpretación del resto de normas constitucionales. Sin duda ello es así, pero mi tesis pretende ser más fuerte y es ésta: no puede haber (no es concebible el) Estado constitucional de Derecho sin principio de imparcialidad judicial. Y si las cosas son así, entonces el principio de imparcialidad judicial es un principio necesario del Estado constitucional de Derecho.

tucional hay una cierta tensión entre el componente autoritativo de la constitución y el componente sustantivo. Es decir, en el Estado constitucional hay normas que son constitución porque lo quiso la autoridad y normas que son constitución con independencia de la voluntad del constituyente (si no hubieran sido promulgadas como parte de la constitución formal sólo cabrían dos alternativas: o bien se consideraría que están implícitas en la constitución o bien se consideraría que la constitución en cuestión no es la constitución de un Estado constitucional). Si se aceptan estos dos presupuestos es fácil de entender por qué para el constitucionalismo jurídico el fenómeno constitucional no es correctamente aprehensible a partir de la noción de sistema. En efecto, a pesar de que la constitución formal es una fuente-acto y de que opera como *lex superior*, la noción de sistema queda ampliamente desbordada por las siguientes razones. En primer lugar, porque el «constitucionalismo jurídico» bien entendido es consciente de que la referida tensión entre autoridad y sustancia no es estructuralmente eliminable y comprende que la cuestión constitucional no es reducible a un conjunto ordenado de enunciados jurídicos, es decir, no es reducible a la noción de sistema. Además, en segundo lugar, para el «constitucionalismo» —casi como su propio nombre indica— no es sorprendente ni peligroso el desarrollo de las actitudes crítico-prácticas propias del aceptante del Estado constitucional; por ello, el constitucionalismo jurídico apunta hacia la generación de las actitudes adecuadas vinculadas a necesidades discursivas de justificación; es decir, apunta más hacia las exigencias deliberativas y argumentativas propias de la idea de práctica constitucional, que hacia las soluciones estructurales y sistemáticas [10]. En mi opinión, la insistencia de FERRAJOLI en adoptar exclusivamente el punto de vista externo acaba frustrando en términos prácticos sus propias empresas: un constitucionalismo puramente externo es «un constitucionalismo no constitucionalista»; igual que un garantismo puramente externo es vacío, es decir, «un garantismo no garantista».

2. A PROPÓSITO DE LA TESIS DE LA NORMATIVIDAD

La tesis ferrajoliana de la normatividad puede resumirse en lo siguiente. No hay diferencia estructural entre principios y reglas y, como consecuencia de ello, la insistencia en la distinción sólo produce el debilitamiento de la obligatoriedad de la constitución. Repitamos el esquema anterior.

2.1. Tener una constitución

Escribe FERRAJOLI:

> «[...] no existe una real diferencia de estatuto entre la mayor parte de los principios y las reglas: siempre la violación de un principio hace de esto una regla que enuncia las prohibiciones o las obligaciones correspondientes» (p. 40).

[10] Lo que desde el punto de vista externo se ve como contradicciones que piden una respuesta estructural y definitiva que haga posible la ordenación del sistema; desde el punto de vista interno se ve como tensiones dialécticas que no son eliminables en abstracto, que exigen el desarrollo de las actitudes adecuadas y que apuntan a marcos deliberativos y argumentativos.

Es evidente que siempre que se viola el «principio de igualdad» se viola también la «prohibición de discriminación». Pero así formulados estamos siempre en el nivel de los principios: nos dicen lo que «debe ser» («tratar igual», es decir, «no discriminar») pero no definen un caso genérico (no dicen cuándo son aplicables esas soluciones normativas, ese «deber ser») [11]. Por ello, su aplicación exige desarrollar una cierta deliberación práctica. Frente a los principios, las reglas son normas que sí definen de manera cerrada un caso genérico; y precisamente por ello pueden ser aplicadas sin necesidad de hacer valoraciones. Pero la discrepancia con FERRAJOLI no está, en realidad, en este punto, sino en lo siguiente. FERRAJOLI no admite la distinción entre principios y reglas porque sólo toma en consideración el aspecto directivo de las normas, nunca su aspecto valorativo y/o justificativo. Aceptar la distinción de manera relevante supone asumir que entre las normas se dan no sólo relaciones de compatibilidad o de incompatibilidad en términos de cumplimiento, sino también relaciones de coherencia o de incoherencia valorativa en términos justificativos. Aceptar la distinción entre principios y reglas supone aceptar que los principios cumplen esa función justificativa en relación con las reglas. Los principios permiten ver a las reglas no sólo como meras manifestaciones de voluntad de una autoridad, sino como expresión de una ponderación de principios y, por tanto, dotadas de un sentido protector y promocional de ciertos bienes. Como es fácilmente comprensible, en la medida en que se toma en consideración la distinción entre el aspecto directivo y el aspecto justificativo de las normas empiezan a aparecer los fenómenos de la infrainclusión y de la suprainclusión a la hora de proceder a su aplicación. Y una vez que esto ocurre surgen inmediatamente dos preguntas: la primera es si un principio es reducible a las reglas que lo desarrollan y/o concretan. FERRAJOLI sostiene que sí, que sí es reducible; en mi opinión, la respuesta correcta es no [12].

---

[11] Siempre he pensado que una buena manera de caracterizar los principios frente a las reglas es acudir a la noción de norma categórica de VON WRIGHT (G. H. VON WRIGHT, *Norma y acción,* Madrid, Tecnos, 1970, 91 y ss.). En efecto, a partir de la noción de condición de aplicación de una norma («aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma»), VON WRIGHT distingue entre normas categóricas (aquellas cuya condición de aplicación viene dada por el contenido) e hipotéticas (aquellas cuya condición de aplicación no puede ser derivada solamente de su contenido; por ello, al tener que mencionar la condición adicional adoptan la estructura condicional típica en la forma «si... entonces...»). Sobre ello, J. AGUILÓ REGLA, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico),* Barcelona, Ariel, 2000, 135 y ss.

[12] Una buena manera de ilustrar esta cuestión de si un principio se reduce o no a las reglas que lo concretan y/o desarrollan es recurrir a la doctrina jurisprudencial sobre las causas de abstención y de recusación de jueces y magistrados que sostiene que se trata de causas tasadas; es decir, que se trata de una lista de causas que no es ampliable ni restringible en ningún caso. No es éste el lugar apropiado para detenerse en extenso en ello, pero me parece que lo que hace esa línea jurisprudencial no es más que confundir el principio jurídico de la imparcialidad con las reglas jurídicas de la imparcialidad. En realidad, el principio de imparcialidad es la razón (justificativa) por la que se han establecido las reglas, es decir, las causas de abstención y de recusación; y precisamente por ello, el principio no puede quedar reducido a esas reglas. Como ya se ha dicho, las reglas en general tienen una formulación que hace que en ocasiones su aplicación pueda generar casos anómalos de infrainclusión o de suprainclusión a la luz de las razones justificativas subyacentes a las mismas (los principios). Y si esto es así, no tiene sentido negar toda posibilidad a que se produzca un caso en el que a la luz del principio de imparcialidad parezca plenamente justificada la abstención o la recusación, aunque dicho caso no sea estrictamente subsumible en ninguna de las reglas establecidas; es decir, no tiene sentido negar toda posibilidad de infrainclusión de las reglas (es lo que ocurría, en mi opinión, en la instrucción del caso GAL por parte del juez Baltasar Garzón: no encajaba estrictamente en ninguna de las reglas y, sin embargo, estaba justificada la recusación), como tampoco tiene sentido negar toda posibilidad de sobreinclusión de esas mismas reglas (es lo que ocurría, en mi opinión, en la recusación del magistrado del Tribunal Constitucional Pablo Pérez Tremps a propósito del caso del Estatut d'Autonomía de Catalunya: encajaba en las reglas y, sin embargo, nunca debió

La segunda pregunta es qué significa ser leal al Derecho, a las normas. En mi opinión, ser leal a las normas no es serlo sólo a su expresión directiva, sino también a las razones subyacentes. FERRAJOLI parece ver en ello un «vaciamiento de las fuentes» y una defensa del activismo judicial, cuando en realidad lo único que hay es una conciencia clara de que la conducta ritualista es una forma de conducta desviada.

2.2. Darse una constitución

Escribe FERRAJOLI:

> «En todos los casos, sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos [...] promoviese el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible» (p. 51).

En mi opinión, FERRAJOLI se equivoca al trasladar directamente lo que pueden ser virtudes del lenguaje de las leyes y de los reglamentos al lenguaje de las constituciones. Parece no percatarse de que mientras que para la legislación y los reglamentos funciona el principio de *lex posterior*, para las constituciones rígidas este principio está prácticamente vedado (la función de la rigidez es precisamente «bloquear» el *lex posterior*). Naturalmente nada impide que en una constitución haya normas cerradas, cuya aplicación excluya completamente cualquier forma de deliberación; es decir, que haya reglas en sentido estricto. Incluso podemos celebrar que haya normas de este tipo. Tenemos ejemplos bien claros de normas bien precisas y perfectamente justificadas, como la prohibición de la pena de muerte o de la tortura. Pero la precisión del lenguaje de las constituciones se enfrenta con dos problemas que, si bien son abordables, nunca son completamente eliminables: *a)* El problema del **consenso** (en muchas ocasiones sólo somos capaces de alcanzar acuerdos no muy precisos). Y *b)* el problema del **compromiso** (tenemos inseguridad respecto del alcance que en abstracto estamos dispuestos a dar a ciertos contenidos normativos que van a pasar a ser prácticamente inderogables). No es sorprendente que un **absolutista moral** no dé mucha importancia a ninguno de estos problemas: el consenso es innecesario (la intersubjetividad le importa realmente poco) y la inseguridad sobre el contenido futuro de lo correcto no es algo que le caracterice. Por ello no resulta extraño que un absolutista moral sea partidario de una constitución rígida (inmodificable) y simultáneamente cerrada a la deliberación en su aplicación. Lo que sí resulta bien llamativo y extraño es que un no-cognoscitivista sea partidario de una constitución sustantiva, rígida y cerrada a la deliberación; es decir, partidario de un «deber ser» no derogable y no moldeable en su aplicación. Este planteamiento de FERRAJOLI es, en mi opinión, un sinsentido en términos prácticos [13].

---

de ser admitida la recusación). En definitiva, aceptar la distinción entre principios y reglas supone aceptar la dialéctica principios/reglas, no la reducción de los principios a las reglas que los desarrollan y/o concretan.

[13] En «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional» (en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, 289-319), trabajo escrito en memoria de Francisco TOMÁS Y VALIENTE y destinado a analizar su noción de «resistencia constitucional», sostuve que quien fuera consciente de, por un lado, los problemas del consenso y del compromiso (la inseguridad práctica), y, por otro, del problema de la tiranía de las generaciones pasadas, se vería limitado por una función que relacionara la rigidez y la apertura constitucionales. Esta función vendría a determinar que si hay problemas de consenso y/o de inseguridad práctica, a medida que se incrementa la rigidez constitucional tiene que incrementarse su apertura regulativa.

Repito, el error consiste en aproximar demasiado constitución y legislación; y en trasladar sin más lo que son (o pueden ser) virtudes de la legislación a virtudes de los textos constitucionales. FERRAJOLI parece olvidar que mientras que la legislación es dinámica (opera con el *lex posterior*) la constitución rígida es estática (la rigidez consiste precisamente en hacer altamente improbable, si no imposible el *lex posterior*). Precisamente por ello el tratamiento que hay que dar a los problemas de consenso y de compromiso (inseguridad práctica) en una y otra fuente-acto son completamente distintos. Tan irracional en términos prácticos es trasladar las virtudes de la legislación a la constitución, como trasladar las virtudes de la constitución a la legislación. La dialéctica constitución-ley no es ni por asomo una extensión de la tradicional jerarquía normativa entre ley y reglamento.

2.3. Vivir en constitución

La forma constitucional rígida plantea el problema que representa el paso del tiempo. Si la legislación es el instrumento ordinario para el cambio en un sistema jurídico-político, la rigidez de una constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en un dilema. Por un lado, si una constitución es rígida, entonces se rompe la igualdad democrática y se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Pero, por otro lado, si una constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces —suele decirse— los derechos no están garantizados, es decir, «no hay constitución». De nuevo, y sin extenderme mucho, en mi opinión, esta tensión entre quienes «se dieron una constitución» (los muertos) y quienes «tienen una constitución» (los vivos) tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural o definitiva. La síntesis armónica entre unos (los muertos) y otros (los vivos) sólo

---

Si tomamos esta función es fácil mostrar que hay cuatro modelos teóricos incompatibles con el consitucionalismo resistente (modesto, sensato) que profesaba TOMÁS Y VALIENTE. En efecto, si se toma, por un lado, la flexibilidad absoluta como punto mínimo de la rigidez (0) y la inmodificabilidad como punto máximo (10) y, por otro, el cierre absoluto (es decir, normas que sólo cabe aplicar, no determinar) como punto mínimo de la apertura (0) y la ausencia de guía regulativa de la conducta como punto máximo apertura (10), es fácil mostrar cuatro modelos incompatibles con un constitucionalismo sensato en términos prácticos. Son los siguientes:

a) El primer modelo vendría dado por aquellos que se sitúan en el punto (0,0), es decir, partidarios de una normativa completamente flexible (modificable) y cerrada (sólo ejecutable); vendrían a representar el **anticonstitucionalismo legalista**, pues negarían legitimidad a la forma constitucional en favor de la legislación: el punto 0 de rigidez implica que no hay diferencia formal entre legislación y constitución y el punto 0 de apertura implica todas las ventajas derivadas del imperio de la ley (gobierno *per leges* en el sentido de reglas).

b) El segundo modelo vendría dado por aquellos que se sitúan en el punto (0,10), es decir, partidarios de una normativa completamente flexible (modificable) y completamente abierta y que los podríamos llamar **judicialistas radicales (o también particularistas extremos)**; negarían la forma constitucional y afirmarían una legislación de valores o principios de manera que las reglas jurídicas sólo fueran un producto del Derecho del caso, del Derecho de los jueces (vendrían a ser los partidarios del gobierno de los hombres).

c) El tercer modelo sería el de aquellos que se sitúan en el punto (10,0), es decir, partidarios de la inmodificabilidad de una constitución cerrada y que vendrían a representar lo que podría llamarse el **fundamentalismo constitucional sustantivista**, pues estarían defendiendo que se formulasen normas bien precisas (cerradas a la deliberación) y prácticamente inmodificables. En este grupo parecen encontrarse los **absolutistas morales** y **FERRAJOLI**.

d) El cuarto y último modelo sería el de aquellos que se sitúan en el punto (10,10), es decir, los partidarios de la inmodificabilidad absoluta de una constitución puramente procedimental y completamente abierta (sin guías sustantivas de conducta); este modelo representaría lo que podría llamarse el **fundamentalismo democrático** o constitucionalismo procedimentalista.

puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de **«continuidad de una práctica»** que dan cuenta del aspecto ideal y permiten eliminar los términos indeseables de puro **sometimiento al pasado**, por un lado, y de **ausencia de garantía de los derechos** (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos), por otro. Nuevamente, al igual que en el caso anterior, la noción de sistema como conjunto ordenado de enunciados jurídicos queda completamente desbordada para dar cuenta de la dinámica constitucional; la idea de práctica apunta hacia exigencias deliberativas y argumentativas y hacia el desarrollo de las actitudes adecuadas.

3. A PROPÓSITO DE LA TESIS DE LA CORRELATIVIDAD

La tesis de la correlatividad sostiene que los enunciados de derechos significan exactamente lo mismo que los enunciados que expresan sus deberes correlativos.

3.1. Tener una constitución

Escribe FERRAJOLI:

> «Pero más allá del estilo, cualquier principio que enuncia un derecho fundamental —por la recíproca implicación que liga a las expectativas en que consisten los derechos, con las obligaciones o prohibiciones correspondientes— equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición [...] El Decálogo, por otro lado, está expresado en reglas ("no matar", "no robar" y similares) que tienen exactamente el mismo significado que los derechos correspondientes (el derecho a la vida, el derecho de propiedad y similares)» (p. 39).

Si bien se considera, esta tesis de FERRAJOLI es un corolario de la tesis criticada en **2.1.** Allí negaba las relaciones de justificación entre normas y, por tanto, la relevancia de la distinción entre principios y reglas. Aquí, de nuevo, toma en consideración únicamente el aspecto directivo del lenguaje normativo y, por tanto, piensa que los enunciados de derechos son reducibles sin pérdida de significación a enunciados que expresan los deberes correlativos.

En sentido puramente directivo es cierto que los enunciados jurídicos de derechos son traducibles a enunciados de deberes. Pero en términos justificativos la correlatividad entre derechos y deberes se pierde; y, por tanto, la traducción de los enunciados de derechos a enunciados de deberes sí supone pérdida de significación. El «reconocimiento» de derechos justifica la «imposición» de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos. El derecho es, además del correlativo del deber en términos directivos, el título que justifica recurrir al deber como técnica de protección [14]. Si se considera sólo el aspecto directivo y se mira exclusivamente por el lado del deber entonces no hay manera de distinguir entre «tener un derecho» y «gozar de un privilegio». A FERRAJOLI, sin embargo, no parece importarle demasiado: toma en consideración sólo el aspecto directivo de las normas y prescinde por completo del aspecto justificativo del par «derecho-deber».

---

[14] Cfr. F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, 23-46.

3.2. Darse una constitución

Los derechos en general se formulan precisamente en forma de principios porque, a pesar de que respecto de cada uno de ellos hay casos paradigmáticos en relación con los que no hay problemas de consenso ni de inseguridad, no somos capaces de determinar exhaustivamente y de una vez por todas los deberes que se corresponden con la satisfacción y la garantía de los derechos. Hablar de progreso en materia de derechos, en realidad, no consiste tanto en formular nuevos derechos cuanto en nuevas especificaciones y nuevas imposiciones de deberes como garantía. Aceptar esta prioridad justificativa de los derechos respecto de los deberes significa que un derecho nunca puede quedar reducido a un conjunto cerrado de deberes correlativos (salvo en un sentido meramente trivial de lo que significa «tener un derecho»). En mi opinión, hay mucho ritualismo en la confusión entre derechos y deberes; es decir, entre los derechos y las técnicas de protección de los derechos.

3.3. Vivir en constitución

Siempre he pensado que si tiene sentido alcanzar acuerdos constitucionales que consisten en principios, en normas abiertas (lo que en ocasiones se ha llamado acuerdos incompletamente teorizados) [15] prácticamente inderogables en el momento de «darse una constitución», tiene que tener sentido interpretar y aplicar esas mismas normas durante la vigencia de la constitución, en el momento de «tener una constitución». En mi opinión, el sentido regulativo de los principios constitucionales sólo se ve claro si se asume que el sentido de darse una constitución es el de fundar una práctica constitucional orientada por principios, derechos y valores. No se trata por tanto de que la norma constitucional resuelva *ex ante* los problemas y/o conflictos que puedan surgir (esas son las ventajas de la legislación), sino más bien de que la constitución oriente la solución de todos esos problemas. En algunos casos, las normas constitucionales cerradas exigirán consistencia respecto de todas las normas del orden jurídico, como por ejemplo ocurre con la prohibición de la pena de muerte o de la tortura. Pero en otros casos, las normas constitucionales abiertas exigirán desarrollo tanto legislativo como jurisprudencial. Muchas de las perplejidades que genera la interpretación de las normas constitucionales se disuelven en gran medida si uno se aproxima a la constitución formal como un documento fundacional de una práctica orientada por principios y derechos, en lugar de aproximarse a ella como un documento normativo acabado en el que se hallan ya cerradas las respuestas a problemas jurídico-políticos que puedan surgir. Este planteamiento responde a la idea antes referida de «continuidad de una práctica constitucional», en la que lo esencial es eludir los términos indeseables de «puro sometimiento al pasado» (constitución rígida y cerrada) y de «ausencia de garantías de los derechos» (constitución flexible o constitución rígida pero puramente procedimental).

---

[15] Cfr. C. R. SUNSTEIN, «Constitutional Agreements Whithout Constitutional Theories», en *Ratio iuris*, vol. 13, núm. 1, mayo 2000, 117-130.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La ordenación en tres momentos y/o contextos («tener una constitución», «darse una constitución» y «vivir en constitución») está construida sobre lo siguiente. Según la terminología tradicional propia de las fuentes-acto, mientras que «tener una constitución» se corresponde con la «estática constitucional»; «darse una constitución» se corresponde con la «dinámica constitucional». Ahora bien, resulta realmente difícil hablar de «dinámica constitucional» cuando el sentido de promulgar una constitución rígida es precisamente inhibir el principio de *lex posterior*; es decir, hacer imposible o altamente improbable el cambio deliberado del texto constitucional. La expresión «dinámica constitucional» genera, en este sentido, una imagen «engañosa» de la constitución como «fuente-acto», pues la aproxima demasiado a la legislación [16]. Exagerando un tanto las cosas, uno se siente tentado a decir que respecto de una constitución rígida sólo hay estática constitucional. Esa es la razón por la que opté por la expresión «darse una constitución», porque reflejaba bien el aspecto fundacional de la promulgación de una constitución rígida y permitía evitar el «engaño» que supone hablar de dinámica constitucional cuando, en realidad, se está ante una cuasi-estática constitucional.

El tercer momento, «vivir en constitución», es el resultado de asumir que la noción de sistema jurídico ha quedado completamente desbordada para dar cuenta de nuestras realidades constitucionales. Y ello es así precisamente por la combinación de estática-estática que acabamos de referir: **estática** es la constitución como norma y **estática** es la constitución como acto (sólo hay acto de promulgación). Esto no puede sorprender demasiado. Si bien se considera, se trata del problema clásico que la filosofía política ha formulado como un conflicto entre generaciones (entre los muertos y los vivos), sólo que aquí está formulado en términos jurídicos. En ambos casos el desafío que ello plantea es el mismo: hasta qué punto puede considerarse racional una acción jurídica y/o política cuyo sentido se halla meramente en la sumisión al pasado [17]. Pues bien, la idea de práctica constitucional es fundamental para dar salida a este desafío. No me voy a detener en ello, pero la clave para aceptar la idea de práctica constitucional radica en darse cuenta de que la secuencia de la dinámica jurídica convencional, que es «acto-norma-acto», no es aplicable a la «dinámica» de las constituciones rígidas. De esta inaplicabilidad surge la necesidad teórica de sustituir esa secuencia por la de «acto-norma-práctica»; es decir, la necesidad de dar cuenta del momento «vivir en constitución». De ello ha sido plenamente consciente el constitucionalismo jurídico y

[16] En mi opinión, el trabajo de FERRAJOLI adolece de este inconveniente. Las siguientes palabras de FERRAJOLI, tal vez, sirvan de ilustración: «Por otro lado, debemos darnos cuenta de que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida ineliminables, no son simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del Estado de Derecho en su totalidad. Por eso, la ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de Gaetano FILANGIERI y de Jeremy BENTHAM de una "ciencia de la legislación", integrándolo con el programa de una "ciencia de la constitución", como la llamó Giandomenico ROMAGNOSI. Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible» (pp. 51 y 52).

[17] Cfr. M. WEBER, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 10.ª reim., 1993, 20.

a esta tarea de construcción jurídica se ha entregado a fondo. La noción de principio está en el centro de esta tarea: una norma inderogable (prácticamente inderogable) y abierta a la deliberación.

Dentro del constitucionalismo caben otras vías distintas de la anterior para intentar resolver el problema que representa el «estática-estática» recién referido. Aquí voy a mencionar dos de esas vías, aunque, adelanto ya, me parecen ambas desviaciones respecto del «constitucionalismo pleno»; construyen en algún sentido «un constitucionalismo no constitucionalista». Y son desviaciones porque detrás de ellas se esconden, respectivamente, el relativismo moral y el absolutismo moral. La primera de estas dos formas de constitucionalismo «desviado» consiste en hacer meramente procedimentalista al constitucionalismo; es decir, en considerar que la constitución rígida sólo establece (o interpretar que sólo establece) exigencias de tipo procedimental. Se rompe el esquema «estática-estática» por la vía de hacer completamente abierta la regulación constitucional en términos sustantivos. Si bien se considera, esta salida consiste en reducir el constitucionalismo rígido a la constitucionalización del modelo del «gobierno de las leyes». Esta forma de entender el constitucionalismo casa especialmente bien con el relativismo moral y el no cognoscitivismo; y suele ir acompañado de la consideración de que la tolerancia es la virtud cívica más importante y de que la democracia es el régimen político adecuado. La otra forma de constitucionalismo desviado consiste en hacer «fundamentalista» al constitucionalismo. El «estática-estática» propio del constitucionalismo rígido y regulativo no es un problema para este constitucionalismo siempre y cuando lo que se constitucionalice sea la «ley de la razón». Obviamente se trata de una «ley de la razón» que está más allá de los problemas de consenso y de compromiso antes referidos y que, en consecuencia, se expresa (o es deseable que se exprese) en forma de reglas. Esta manera de entender el constitucionalismo rígido casa especialmente bien con el «absolutismo moral».

En mi opinión, el **relativismo** y el **absolutismo** son desviaciones en relación con el constitucionalismo pleno o genuino. La desviación relativista del constitucionalismo tiende hacia el procedimentalismo (la rigidez protege sólo procedimientos, no contenidos); la desviación absolutista del constitucionalismo tiende a hacerse cerrado a la deliberación (sigue el modelo de regulación de las reglas). Por el contrario, el constitucionalismo pleno (no desviado) se hace rígido (sin *lex posterior*) y abierto a la deliberación (sigue el modelo de regulación de los principios). Dentro de este marco queda claro, me parece, el drama que representa el constitucionalismo que FERRAJOLI nos propone, pues se queda con «lo peor de cada casa»: es **relativista** (él dirá que no cognoscitivista) respecto de cuáles son los derechos y los principios justificados (respecto de qué proteger) y es **absolutista** respecto de la técnica de protección elegida (reglas cerradas a la deliberación e inmodificables).

DOS VERSIONES DEL CONSTITUCIONALISMO*

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

RESUMEN. El trabajo se divide en tres partes. En la primera se muestra por qué es equivocada la caracterización que FERRAJOLI hace del constitucionalismo al que llama «principialista» o «argumentativo». En la segunda se aclara qué es lo que esa concepción del Derecho (a la que el autor prefiere denominar «postpositivismo») realmente sostiene. Y en la tercera se señalan cuáles son las tesis que FERRAJOLI (el constitucionalismo «normativista») debería abandonar para poder cumplir con los objetivos que él mismo plantea para la teoría del Derecho.

Palabras clave: FERRAJOLI, constitucionalismo, postpositivismo.

ABSTRACT. This work is divided in three parts. In the first, the author shows why the characterization that FERRAJOLI presents of the kind of constitutionalism that he calls «principialist» or «argumentative» is wrong. In the second, the nature of this last conception (that the author prefers to denominate as «postpositivist») is clarified. Lastly, the author identifies the thesis that FERRAJOLI's «normativist» constitutionalism should abandon in order to achieve the aims that FERRAJOLI himself attributes to a theory of law.

Keywords: FERRAJOLI, constitutionalism, postpositivism.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

1.

Quienes tienen alguna experiencia en participar en disputas doctrinales saben muy bien que una parte —que no suele ser irrelevante— del esfuerzo argumentativo hay que dedicarla a tratar de deshacer las interpretaciones erróneas que el otro ha hecho de la postura de uno. Se trata probablemente de un fenómeno inevitable y que conviene tomarse con espíritu «deportivo». Lo que hay detrás de ello no es —o no tiene por qué ser— un propósito de hacer trampas, de querer ganar a toda costa la discusión... sino, simplemente, la dificultad que todos tenemos para entender bien lo que el otro ha dicho (o escrito) y que se debe a una pluralidad de factores (psicológicos, contextuales, etc.) en los que no merece la pena entrar aquí. Baste con constatar el hecho —yo diría que notorio— de que la comunicación de las ideas es una empresa azarosa, en el sentido de que el riesgo de fracaso es siempre muy alto. Eso no quiere decir, por cierto, que la discusión teórica sea inútil. Sirve por lo menos para aclarar y entender mejor las ideas propias. Además, los debates pueden tener un público (unos lectores) que están situados en una posición más favorable que los contendientes para resultar persuadidos por los argumentos de una u otra parte. Y tampoco hay por qué excluir, al menos del todo, la posibilidad de persuadir al contrincante. Ciertamente, no es ésta la primera vez que discuto (y sobre estos temas) con Luigi FERRAJOLI y veo difícil que en esta ocasión vaya a poder convencerle cuando no lo logré en las anteriores, pues mis argumentos vienen a ser básicamente los mismos de entonces. Pero nunca se sabe... Y, en todo caso, discutir con él supone siempre un gran placer intelectual.

En su escrito, FERRAJOLI muestra, en varias ocasiones, su extrañeza ante el hecho de que varias de sus tesis teóricas se hayan podido entender en una forma que él juzga claramente errónea. Es posible, por ello, que no le suponga mucha sorpresa que yo arranque mi comentario con esta afirmación: algunas de las ideas que él expresa acerca de lo que sostiene el constitucionalismo «principialista o argumentativo» (rótulo al que él me adscribe) son equivocadas, fruto de una interpretación errónea por su parte. Dividiré, por ello, mi comentario en tres partes. En la primera señalaré qué es lo que el tipo de constitucionalismo que él critica *no* defiende, de manera que tampoco puede radicar en ello la diferencia con el otro constitucionalismo, el «normativo o garantista» que FERRAJOLI reivindica. En la segunda indicaré qué es lo que *sí* defiende y, por tanto, en donde estriba, en mi opinión, la diferencia entre ambos tipos de constitucionalismo. Y dedicaré la tercera y última parte a mostrar que la posición de FERRAJOLI presenta diversos flancos débiles y que debería ser abandonada en beneficio de la que él combate, precisamente para poder cumplir con el objetivo central que FERRAJOLI persigue: construir una teoría que pueda contribuir al cumplimiento de las promesas que incorporan nuestras constituciones, a la satisfacción efectiva de los derechos fundamentales de los individuos.

2.

Antes de entrar a tratar los «errores interpretativos» de FERRAJOLI, quisiera dejar constancia de dos acuerdos previos. El primero consiste en que a mí también me pa-

rece equívoco y desaconsejable el uso del término «neo-constitucionalismo». No estoy muy seguro de que «constitucionalismo» sea una expresión del todo afortunada pues es también notablemente ambigua pero, en todo caso, me parece preferible a la otra. El segundo acuerdo se refiere a la necesidad de hacer una distinción dentro de las teorías constitucionalistas (previamente diferenciadas del constitucionalismo como hecho histórico). Los rótulos que él utiliza me parecen más o menos aceptables, al igual que la adscripción de autores a uno u otro de esos dos grupos; yo había hecho, precisamente en un trabajo de hace algunos años dedicado también a polemizar con FERRAJOLI, una clasificación parecida. En lo que no estoy de acuerdo es en la caracterización que presenta de uno de esos dos grupos de autores: el del constitucionalismo principialista, argumentativo o (como me parece que es mejor denominarlo) no positivista o post-positivista.

Mi desacuerdo, por lo demás, no se refiere tanto a los rasgos comunes que él identifica, si éstos se consideran —digamos— en abstracto; como el lector recordará, son los tres siguientes: 1) la conexión entre el Derecho y la moral y, con ello, la crítica al positivismo jurídico, 2) la contraposición entre principios y reglas, y 3) el papel central de la ponderación en la jurisdicción. Se refiere más bien a la manera en como FERRAJOLI los interpreta. Creo que la manera en como FERRAJOLI presenta esos rasgos no se ajusta a lo que realmente piensan al respecto autores como DWORKIN, ALEXY o NINO (los principales adalides de esa teoría), pero en lo que sigue me limitaré a señalar por qué (o en qué aspectos) FERRAJOLI caracteriza mal lo que es mi postura al respecto, la cual, por lo demás, es esencialmente afín a la de los tres autores mencionados.

2.1.

En relación con la primera de las características señaladas (y es obvio que las tres están conectadas entre sí), FERRAJOLI atribuye a los constitucionalistas no positivistas (esa estrategia argumentativa la utiliza también en relación con las otras dos características) dos tipos de tesis: unas son tesis directas, sostenidas conscientemente por esos autores; y otras indirectas, consecuencias inevitables —según FERRAJOLI— de lo que esos autores defienden, con independencia de que sean o no conscientes de ello. Entre las tesis directas estarían, entre otras, las siguientes: los derechos constitucionalmente establecidos «no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción»; el Derecho es «una "práctica social" confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces»; el Derecho «es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas»; lo anterior significa considerar el Derecho como hecho e ignorar «su posible contraste con el [D]erecho como norma», de manera que «la efectividad se confunde con la validez». Y en relación con las tesis indirectas (con los «riesgos» del constitucionalismo no positivista), FERRAJOLI entiende que el objetivismo moral es indistinguible del absolutismo moral y conduce inevitablemente a la intolerancia; que la postura de objetivismo moral más coherente es la de la Iglesia católica; que la prueba de que cualquier concepción objetivista de la moral supone, desde el punto de vista meta-ético, el absolutismo moral «está dada por el hecho de que ninguna ética de tipo objetivista y/o cognoscitivo se halla en

condiciones de refutar ninguna otra ética diversa que se pretenda, también ella, objetivista y cognoscitivista»; y que el constitucionalismo no positivista (o antipositivista) «termina por convertirse en la actual versión del legalismo ético que es el constitucionalismo ético», según el cual la validez constitucional de una norma equivaldría a su justicia, de manera que, según los constitucionalistas no positivistas, no podría haber normas constitucionales injustas.

Pues bien, las que he llamado «tesis directas» son manifiestamente falsas; quiero decir, yo nunca he sostenido ninguna de esas tesis. No creo que los derechos debamos verlos (simplemente) como reglas o como principios y, naturalmente, es absurda la idea de que en las argumentaciones que tienen lugar a propósito de los derechos, la subsunción no juega ningún papel, como lo es también pensar que la identificación de un derecho supone siempre la resolución —por vía ponderativa— de un conflicto entre principios. Lo que yo he defendido es que los derechos tienen una dimensión normativa (y que para dar cuenta de la misma necesitamos —o podemos necesitar— contar tanto con reglas como con principios), pero también poseen una dimensión axiológica o valorativa, sin la cual la noción de derecho fundamental resulta incomprensible. Y, naturalmente, no necesito llevar a cabo ninguna ponderación para saber que tengo derecho a escribir un artículo criticando las tesis de FERRAJOLI o a votar en las próximas elecciones locales y autonómicas en España. Tampoco he sostenido que el Derecho sea una «práctica social» [1] confiada esencialmente a los jueces, sino algo bastante distinto: que el Derecho debemos verlo no *sólo* como un sistema de normas, sino *también* como una práctica social; que esa práctica es sumamente compleja y heterogénea y que no puede reducirse en absoluto a la judicial (de esa práctica forma parte también la de los abogados, los legisladores, la administración, los particulares o incluso las «prácticas teóricas» de dogmáticos o filósofos del Derecho); y que, no obstante lo anterior, la práctica judicial tiene una especial importancia, entre otras cosas porque la evolución de nuestros derechos está llevando a un aumento —en términos relativos— del poder de los jueces. Y nunca se me ha ocurrido identificar el Derecho con lo que hacen los tribunales o reducir el Derecho a su dimensión interpretativa o argumentativa. Creo que hay más de un aspecto valioso en el realismo jurídico, pero una buena razón para no ser realista (lo he escrito en alguna ocasión) [2] es que esa concepción del Derecho no permite dar cuenta (o no lo permite cabalmente) del razonamiento jurídico justificativo. Y, en fin, no es la primera vez que soy acusado de reducir el Derecho a argumentación, pero yo nunca he sostenido semejante tesis; de lo que quizás sea culpable es de haber puesto a uno de mis libros el título, que al parecer resulta equívoco, de *El Derecho como argumentación.* Lo que yo defiendo es la idea de que la dimensión argumentativa del Derecho (que, naturalmente, no es la única; el Derecho consiste también, entre otras cosas, en coerción y en burocracia y, por supuesto, en normas) tiene particular importancia desde el punto de vista teórico y práctico; ver el Derecho desde esa perspectiva permite, por ejemplo, volver operativas, dar sentido práctico, a muchas construcciones teóricas elaboradas por autores iuspositivistas.

---

[1] Es posible que FERRAJOLI no entienda exactamente por «práctica social» lo mismo que los autores post-positivistas; la razón es que, para estos últimos, la perspectiva interna, el punto de vista del aceptante de la práctica, resulta fundamental. De todas formas, dejo de lado aquí este aspecto.

[2] *Vid.* M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación,* Ariel, Barcelona, 2006.

También me parecen falsas las «tesis indirectas», por lo siguiente. Es posible que yo pudiese haber sido suficientemente ingenuo como para no darme cuenta de que el objetivismo moral (un objetivismo moral «mínimo», como a veces lo he calificado) es indistinguible del absolutismo moral y de que, en consecuencia, mi manera de razonar moralmente me aproxima a la de la Iglesia católica y me conduce inevitablemente a la intolerancia. Pero si FERRAJOLI tuviese razón en lo que dice, su crítica no me afectaría únicamente a mí, sino a autores «constructivistas» como RAWLS, HABERMAS o NINO, a prescriptivistas como HARE, a utilitaristas como Peter SINGER, etc. ¿Es razonable pensar que todos ellos, al apartarse del (superar el) relativismo moral, han sido tan ingenuos como FERRAJOLI parece suponer? ¿No será quizás que, al afirmar lo que afirma, FERRAJOLI está en realidad desconociendo lo que ha sido la filosofía moral de los últimos cuarenta o cincuenta años? Por lo demás, desde una concepción objetivista de la ética, yo he escrito más de un trabajo (y participado en varias polémicas) en el (en las) que he defendido puntos de vista antagónicos a los de la Iglesia católica (sobre temas como el aborto, la eutanasia, la reproducción asistida, etc.) y nunca he tenido la impresión de que los lectores o los que defendían las posturas opuestas consideraran que mi manera de razonar moralmente fuera en algún sentido afín a la de los absolutistas católicos. Y, en fin, a propósito del «constitucionalismo ético», he defendido con insistencia la posibilidad de que puedan darse normas constitucionalmente válidas pero injustas. En el caso de la Constitución española, dos ejemplos que me han parecido de particular importancia son: el tratamiento dado a la religión católica, que supone una discriminación en relación con los creyentes de otras religiones y, sobre todo, en relación con los ateos; y el principio de igualdad ante la ley que, al estar referido a «los españoles» implica que, en relación con ciertos derechos, los extranjeros estén peor tratados que los nacionales. La última vez que tuve ocasión de ocuparme de esto último fue precisamente en el contexto de un debate con Pierluigi CHIASSONI, a propósito de una mesa redonda sobre constitucionalismo, positivismo jurídico y iusnaturalismo.

2.2.

Sobre la contraposición entre principios y reglas (prescindo —como en relación con la tercera característica— de la distinción entre tesis directas e indirectas) FERRAJOLI considera que yo he sostenido (junto con Juan RUIZ MANERO) que se trata de «una "distinción fuerte", de tipo exclusivo y exhaustivo, fundada en diferencias de naturaleza ontológica, estructural o cualitativa»; que, como consecuencia en cierto modo de lo anterior, «degrada[mos] los principios y los derechos estipulados en ellos a *objetivos colectivos* cuya persecución se encomienda a los "poderes políticos", o bien a "*directrices o normas programáticas"* de las que se deriva para el legislador no "el deber, como piensa FERRAJOLI (lo que aparece entre comillas simples está tomado de trabajos escritos conjuntamente con Juan RUIZ MANERO) de instituir sus garantías primarias y secundarias", sino, simplemente, el deber de "trazar políticas (también políticas legislativas) que aseguren la consecución de ese objetivo"»; que no asumimos la constitución «como un conjunto de normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros, queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete»; y que contribuimos al desarrollo de

una «inventiva jurisprudencial» puesta de manifiesto en «la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución».

Bueno, lo que nosotros (RUIZ MANERO y yo) decíamos sobre la distinción entre reglas y principios (en *Las piezas del Derecho)* es que la misma podía —debía— trazarse desde el punto de vista de su estructura, de cómo operan en cuanto razones para la acción en el razonamiento práctico y de su conexión con los poderes e intereses sociales; dábamos una especial importancia a la subdistinción, dentro de la categoría de los principios, entre los principios en sentido estricto y las directrices; señalábamos que, desde un punto de vista estructural, la diferencia entre los principios en sentido estricto y las reglas consistía en que los principios configuraban el caso en forma abierta, mientras que las reglas lo hacían de forma «cerrada» (en el sentido de que las propiedades constituían —en las reglas— un conjunto finito y cerrado); y precisábamos que aunque las reglas pudieran también padecer de vaguedad, su indeterminación no era tan radical como la de los principios «aunque —advertíamos—, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra» [3]. No sé si esto significa o no sostener que existe una «distinción fuerte» entre las reglas y los principios, porque no siempre es muy claro qué es lo que quiere decirse con ello [4]. Pero, desde luego, carece de fundamento afirmar que hemos «degradado a los principios y a los derechos estipulados en ellos a objetivos colectivos», como hace FERRAJOLI. Creo que aquí FERRAJOLI comete simplemente un error, que podría explicarse así. En la nota 54 de su trabajo, propone una distinción (que a él le parece «cualitativa y estructural») entre «principios regulativos» y «principios directivos» y afirma que la misma es «en algunos aspectos» análoga a la que Juan RUIZ MANERO y yo habíamos trazado entre «principios en sentido estricto» y «directrices». Pero luego, unas pocas páginas después, es obvio que se olvida de ello, pues al acusarnos de degradar los principios y los derechos estipulados en ellos a directrices o normas programáticas, está dando por sentado que nosotros entendemos los principios (todos los principios) como directrices o normas programáticas; podríamos decir, nos está atribuyendo, más o menos, la tesis de ALEXY de que los principios (y los derechos) son mandatos de optimización, a cuya crítica está destinada una buena parte de nuestro trabajo. No es, por tanto, eso lo que decimos. Nuestra tesis es que, en nuestras constituciones, no todos los derechos tienen una misma estructura y no juegan tampoco el mismo rol en el razonamiento práctico, jurídico: una cosa son los derechos plasmados en principios en sentido estricto (y en reglas que los desarrollan), y otra los que adoptan la forma normativa de directrices, de normas programáticas. El que se trate de una cosa u otra no se debe a cuestiones ontológicas (o no necesariamente), sino a una decisión del constituyente y, por tanto, es contingente. Un ejemplo que he puesto en alguna ocasión [5] es el del derecho a gozar de una vivienda digna. De acuerdo con la Constitución española (con el Derecho español) es una norma programática, una directriz, pero en Francia (al menos, de acuerdo con el compromiso contraído por el gobierno de ese país en diciembre de 2006) el derecho a una vivienda digna se regula (o se regulará) mediante normas de acción y, por tanto,

---

[3] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1996, 31.

[4] En todo caso, en *El Derecho como argumentación* (220-221) soy particularmente explícito en cuanto a la necesidad de «flexibilizar» la distinción entre reglas y principios.

[5] *Vid.* M. ATIENZA, «Constitución y argumentación», en J. AGUILÓ, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, Iustel, nota 16.

pasará a ser un derecho semejante a lo que entre nosotros es el derecho a la educación o el derecho a la salud. Por lo demás, la necesidad de trazar esa distinción (entre principios en sentido estricto y directrices) es, básicamente, una consecuencia de que asumimos la constitución como un conjunto de normas vinculantes, y no como una serie de principios morales interpretables libremente (discrecionalmente) por parte de los jueces. Es cierto que trazamos también una distinción entre principios explícitos e implícitos, pero en relación a esta segunda categoría escribíamos lo siguiente: «En nuestra opinión, dicha cualidad [el que los principios implícitos puedan formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales] no es su justicia intrínseca (esto es, los principios no se extraen sin más de la moral social, como a veces parece dar a entender DWORKIN), ni son simplemente pautas que gozan de arraigo social [...] sino su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes» [6].

2.3.

En relación con la tercera característica, el papel central de la ponderación en la jurisdicción, la diferencia entre lo que FERRAJOLI piensa que yo pienso y lo que realmente pienso es incluso mayor que a propósito de los otros dos rasgos. Según FERRAJOLI, los partidarios del constitucionalismo no positivista defenderíamos tesis como las siguientes: «los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación [...] pueden ser ponderados con principios morales inventados por los jueces»; «los jueces no deben limitarse a interpretar las normas de [D]erecho positivo, sino que también están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sólo sea a través de la ponderación de los principios»; la «derrotabilidad de las normas constitucionales» supone justificar «las violaciones y los incumplimientos de algunas de ellas [de las normas constitucionales] en beneficio de la realización de otras»; «los principios y los derechos expresados en ellos se hallan generalmente en conflicto» de manera que la ponderación jurisdiccional juega un papel sustancialmente creativo «en virtud del cual los principios se pesan pero no se aplican a casos concretos subsumibles en ellos, de modo tal que, también en sede judicial, la garantía de uno se daría siempre a expensas de la garantía de otro»; «la solución de las aporías y de los conflictos entre derechos» se confía a la ponderación judicial «debilitando así la normatividad de las constituciones y la fuente de legitimación de la jurisdicción»; etcétera.

Pues bien, lo que yo pienso en realidad sobre la ponderación (y que he expuesto en varios trabajos a lo largo de una serie de años) [7] viene a ser, aproximadamente, lo siguiente: la ponderación es uno de los tres esquemas básicos (si se quiere, esquemas de justificación interna) de la argumentación jurídica; los otros dos son: la subsunción y la adecuación (el razonamiento finalista). La ponderación es un elemento consustancial del razonamiento legislativo y desempeña un papel determinante en muchos de los casos difíciles que llegan a los tribunales supremos o constitucionales, pero juega (debe jugar) un papel «residual» en relación con los jueces de rango inferior, simplemente

[6] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., 36.

[7] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho;* M. ATIENZA, «Juridificar la bioética»; M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, cit.; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos,* Madrid, Trotta, y M. ATIENZA, «A vueltas con la ponderación», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 44, 2010.

porque estos últimos tienen que aceptar las ponderaciones efectuadas por el legislador o por los jueces superiores. O sea, en el funcionamiento conjunto del Derecho, la ponderación no puede jugar un papel muy relevante porque la mayor parte de los casos (casos fáciles o rutinarios) han de ser resueltos recurriendo exclusivamente a reglas. Por supuesto, lo anterior vale también cuando entran en juego derechos: en la mayor parte de las ocasiones, los casos que envuelven derechos son casos fáciles y en los que se aplican exclusivamente reglas. Un juez puede plantearse recurrir a una ponderación cuando no existe una regla que controle el caso que ha de decidir, esto es, cuando hay una laguna normativa o una laguna axiológica y, por tanto, tiene que recurrir a los principios. Lo anterior quiere decir que la ponderación *puede* evitarse al menos cuando se trata de una laguna axiológica (creada en cierto modo por el intérprete); el que *deba o no* hacerse depende de una pluralidad de circunstancias pero, en general, lo que justifica la ponderación es evitar el formalismo jurídico; por eso, la equidad viene a ser una forma de ponderación (entre el principio de certeza y el de justicia sustantiva). Como existen dos tipos de principios, cabe distinguir al menos dos clases de ponderación: la ponderación entre principios en sentido estricto y la ponderación (concreción) a partir de directrices o normas programáticas. Es equivocado presentar la ponderación como un tipo de argumento opuesto a la subsunción; la ponderación es un razonamiento en dos pasos: en el primero se pasa de los principios a las reglas y, una vez obtenida la regla, se procede, en un segundo paso, a subsumir el caso en la regla; o sea, de la ponderación (bien entendida) forma parte también la subsunción. El que las ponderaciones den lugar a reglas hace que no puedan verse como procedimientos «casuísticos» y arbitrarios; la regla creada tiene que aplicarse en el futuro respetando el principio de universalidad, tiene que haberse formulado de manera que sea coherente con el resto del ordenamiento jurídico, etcétera.

3.

La imagen, por tanto, que FERRAJOLI proyecta de lo que supone defender el constitucionalismo no positivista está, en mi opinión, claramente distorsionada. Sintetizando en cierto modo lo que acabamos de ver, podría decirse que FERRAJOLI piensa que los constitucionalistas no positivistas: identifican la justicia, la moral, con las normas constitucionales e incurren, por tanto, en una especie de «legalismo ético» (o como se le quiera llamar) en el que tradicionalmente ha caído un cierto tipo de iusnaturalismo (y de positivismo jurídico: el ideológico); ven el Derecho no como un conjunto de normas establecidas por una autoridad, sino, esencialmente, como una serie de principios morales que los juristas pueden interpretar de manera más o menos arbitraria (sin sujeción a los textos legales y constitucionales); y defienden, en consecuencia, el activismo judicial, pues promueven la libre creación de Derecho por parte de los jueces (que es a lo que conduce, según él, la sustitución de la subsunción por la ponderación). Naturalmente, si las cosas fueran así, las críticas de FERRAJOLI serían completamente certeras y habría razones poderosísimas (yo diría que irresistibles) para sumarse al tipo de constitucionalismo positivista («normativo y garantista») que él defiende. Pero es que las cosas distan mucho de ser así. Pues lo que los no positivistas (o muchos no positivistas) defendemos es una interpretación muy distinta a la que presenta FERRAJOLI acerca de lo que significa sostener: que existe una conexión intrínseca entre el Derecho

y la moral; que los principios, y la contraposición entre principios y reglas, constituyen un ingrediente fundamental para comprender nuestros Derechos (los del Estado constitucional); y que la jurisdicción juega un papel dinámico (y en parte creativo) en el desarrollo del Derecho. No es, naturalmente, éste el lugar para exponer las anteriores tesis con el detalle que merecerían. Me limitaré a señalar, muy sintéticamente, lo que, en mi opinión, significa cada una de ellas.

La existencia de una conexión intrínseca, conceptual o como se la quiera llamar entre el Derecho (de los Estados constitucionales) y la moral no significa, por supuesto, que sea imposible, en muchos contextos, emitir juicios señalando que N es una norma jurídica injusta, o S un sistema jurídico injusto. Ya antes he puesto algunos ejemplos de normas (constitucionales) e injustas; y a los mismos podría añadir muchos otros de normas de rango legal o infra-legal también injustas (en mayor o en menor medida): la penalización de la eutanasia, la existencia de penas desproporcionadas para muchos delitos, el desarrollo normativo de lo que en las universidades españolas se ha llamado el «proceso de Bolonia», etc. Tampoco he tenido nunca ninguna duda de que en la Alemania nazi o en la España franquista existieron sistemas jurídicos radicalmente injustos, pues vulneraban los derechos humanos más elementales. Al igual que me parece considerablemente injusto mucho de lo que se entiende por «el Derecho de la globalización». Esa conexión quiere decir otra cosa. Supone, por ejemplo, que muchos conceptos básicos de nuestros Derechos, como el de «derechos fundamentales», no pueden comprenderse, como supone FERRAJOLI, en términos puramente formales, sino que poseen —para emplear una expresión de Tecla MAZZARESE recogida por FERRAJOLI— «una intrínseca connotación axiológica». Y que otro tanto ocurre con el razonamiento justificativo de los jueces. Desarrollaré brevemente esta última cuestión.

En los Estados constitucionales (pensemos, por ejemplo, en el caso español), parece que hay buenas razones para sostener que el Derecho en su conjunto es aproximadamente justo, en el sentido de que la mayoría de las normas constitucionales lo son y en el de que los jueces pueden, si no siempre al menos en la mayor parte de las ocasiones, encontrar una respuesta justa (y conforme con el Derecho) a los casos que han de decidir. De aquí se derivan varias consecuencias importantes. Una es que puede configurarse una obligación moral por parte de los jueces de aplicar su sistema jurídico, obligación que puede alcanzar incluso a los supuestos en los que seguir el Derecho puede llevar a algún apartamiento (siempre, claro, que no sea un apartamiento radical) de lo que sería la solución perfectamente justa. Otra es que los jueces pueden justificar en sentido pleno sus decisiones, o la mayor parte de las mismas; pueden hacerlo porque el esquema de justificación judicial (pensemos en el silogismo subsuntivo) presupone necesariamente una premisa, la que establece la obligación de aplicar las normas de su sistema —de obedecer el Derecho—, y acabo de decir que el juez de nuestros sistemas tiene razones —razones morales— para adherirse a ellas. Y una tercera es que cuando, en los casos difíciles, los jueces tienen que interpretar los principios y valores constitucionales (en donde suelen aparecer términos como «libertad», «igualdad», «dignidad humana», etc.) es decir, tienen que optar por alguno de sus posibles significados, inevitablemente tienen que recurrir a alguna teoría moral (o, si se quiere, político-moral) para justificar, pongamos por caso, que el «alquiler de vientre» no supone ningún atentado contra la dignidad ni contra ningún otro principio constitucional, de manera que no hay razón para entender que afecta al «orden público

español» y, en consecuencia, debe aceptarse la inscripción en el registro civil de un niño nacido utilizando ese procedimiento [8]. O sea, hay aquí una dimensión importante del Derecho, desde la cual tiene pleno sentido afirmar la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el Derecho y la moral. No quiero decir con ello, claro está, que el razonamiento justificativo jurídico (judicial) se identifique sin más con el moral. Quiero decir que hay un fragmento de ese razonamiento que es moral y que, por ello (esa es una de las consecuencias prácticas de la tesis), los jueces necesitan, como cuestión interna a su práctica, tener una formación en teoría moral. La diferencia entonces con lo que sostiene FERRAJOLI, si yo le he entendido bien, es que él piensa que el juez no necesita para nada recurrir a la moral a la hora de argumentar, de motivar sus decisiones.

La importancia de subrayar la contraposición (olvidémonos de si fuerte o débil) entre principios y reglas no supone, naturalmente, pensar que el Derecho no es un fenómeno de autoridad y que los juristas pueden alegremente poner sus opiniones en materia moral por encima de los dictados de la autoridad. Supone algo muy distinto, esto es: afirmar que el Derecho contiene una dimensión autoritativa, pero también una dimensión axiológica, de valor. O, dicho con otra terminología, que las normas no tienen únicamente una vertiente directiva, sino también una de carácter justificativo o axiológico (así es como Juan RUIZ MANERO y yo presentábamos las cosas en *Las piezas del Derecho*). O dicho todavía de otra manera (en la forma en que lo presenta DWORKIN), que el Derecho es una práctica interpretativa y que interpretar el Derecho significa, a partir de los materiales autoritativos que le vienen dados al jurista (al intérprete), esforzarse por encontrar el sentido que suponga un máximo desarrollo de los valores de esa práctica.

Interpretar el Derecho implica en algún sentido desarrollarlo; esto es, hay —o puede haber—, como consecuencia de la interpretación, una producción de normas que antes no existían (o no existían explícitamente); en ese sentido, es obvio que los jueces crean Derecho. Pero interpretar no significa inventar. Lo que sostienen los constitucionalistas no positivistas es que nuestros sistemas jurídicos están atravesados por una tensión que está presente en el propio concepto de Estado de Derecho y que afecta de lleno al problema de la interpretación. Uno de esos polos es el de la autoridad y está representado, esencialmente, por las notas del imperio de la ley y de la división de poderes. Pero hay otro polo, la dimensión de valor o el contenido de justicia, que se plasma en las notas de interdicción de la arbitrariedad y de garantía de los derechos fundamentales. La importancia de la autoridad en el Derecho es lo que hace que la interpretación juegue aquí (a diferencia de lo que ocurre en la moral) un papel esencial. Pero la razón de ser de la interpretación jurídica es la de hacer justicia, lograr el cumplimiento de ciertos valores, respetando lo establecido por la autoridad [9]. FERRAJOLI, sin embargo, ve en el Derecho únicamente una dimensión autoritativa, y de ahí su tendencia a minusvalorar el papel de los principios (a redu-

[8] Me refiero a un caso resuelto recientemente por la Dirección General del Registro y del Notariado, sobre el que escribí recientemente un comentario: «De nuevo sobre las madres de alquiler», en el núm. 29 de la revista *El notario del siglo XXI* (sep.-oct. 2009).

[9] *Vid.* M. ATIENZA, «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. 14, 1997.

cirlos a reglas), o a amputar —como antes veíamos— el componente valorativo de los derechos fundamentales.

La necesidad de articular esas dos dimensiones (la autoritativa y la valorativa) explica también por qué, y en qué sentido, el constitucionalismo no positivista atribuye a la jurisdicción un papel activo pero, al mismo tiempo, limitado. La contraposición entre reglas y principios es —cabría decir— un antídoto frente al formalismo judicial pues supone, por ejemplo, que los jueces tienen que sentirse vinculados no solamente por el tenor de las normas (si se quiere, por las reglas), sino también por las razones subyacentes a las mismas (por los principios). Muchas veces (normalmente) ambas cosas van unidas, pero no siempre. Y cuando no es así, eso (la necesidad de satisfacer los valores subyacentes a las normas) no debe entenderse como una invitación al activismo judicial, esto es, a que el juez se desentienda del Derecho, de los mandatos de la autoridad (de la autoridad legislativa y de la autoridad constitucional). El juez tiene que esforzarse —como parece obvio— por hacer justicia por medio del Derecho, pero tiene que ser también consciente de que su poder —legítimo— para llevar a cabo esa tarea es limitado. Y de que, en consecuencia, es perfectamente posible que alguna vez se encuentre en situaciones en las que, aunque pudiera estar justificado (digamos, en abstracto) tomar una determinada decisión, no puede hacerlo (en cuanto juez) porque eso supondría prescindir —ir más allá— del Derecho.

Para que se entienda bien lo que quiero decir. El famoso auto del juez Garzón en el que se declaró competente para investigar las desapariciones forzosas de personas ocurridas desde la sublevación franquista de 1936 hasta el año 1951 es, en mi opinión, un claro ejemplo de activismo, de lo que un juez no puede hacer (aunque con esa medida tratara de obtener un fin justo); y no puede hacerlo porque para ello —como se desprende claramente de la lectura del auto— habría que ir mucho más allá de lo que razonablemente puede entenderse por «interpretar» el Derecho [10] (aunque, desde luego, con eso no estoy queriendo decir que Garzón haya cometido delito de prevaricación). Sin embargo, no me parece que el juez del tribunal superior de Madrid que, en el llamado «caso Gürtel», discrepó del parecer de sus colegas, incurriera en ningún tipo de activismo. Lo que ahí se discutía era si cabía o no alguna excepción a la prohibición de interceptación de las conversaciones entre abogados y presos, en un supuesto (relacionado también con el juez Garzón, pues éste había autorizado esas escuchas y su actuación dio lugar posteriormente a que se le acusara de prevaricación) en el que no se trataba de un delito de terrorismo, sino de blanqueo de dinero. El tribunal superior de Madrid aplicó un determinado artículo de la Ley General Penitenciaria (que consideró no planteaba ningún problema de interpretación) y entendió que la prohibición era absoluta; efectuó, pues, una subsunción. El razonamiento del juez discrepante adoptó más bien la forma de una ponderación y concluyó (en su primer tramo) estableciendo que el deber o la finalidad de perseguir los delitos puede prevalecer frente al derecho a la defensa, si se dan una serie de circunstancias como las siguientes: que se trate de un delito de considerable gravedad, que la medida de intervención sea idónea, necesaria y proporcionada, que la medida haya sido autorizada y suficientemente motivada por un juez, etc. Ponderar, como antes veíamos,

[10] Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 005, de la Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 2008.

significa dar lugar a una nueva regla: no inventarse el Derecho, pero sí desarrollarlo coherentemente: llenar lo que razonablemente puede considerarse como una laguna (la interpretación literal que hizo el tribunal para proceder directamente a la subsunción no era en absoluto indiscutible) [11]. FERRAJOLI, sin embargo, parece pensar que los jueces nunca pueden llevar a cabo una labor creativa, nunca pueden introducir nuevas normas; si lo hacen (si ejercen lo que él llama un «poder de disposición»), estarían actuando de manera ilegítima, puesto que, como repite una y otra vez, la jurisdicción es (al menos tendencialmente) una actividad de tipo cognoscitivo: *«veritas, non auctoritas, facit iudicium».*

4.

De lo dicho hasta aquí no debe extraerse la idea de que yo considero que la postura de FERRAJOLI, su concepción del Derecho, está básicamente equivocada. Al contrario, me parece certera en muchos aspectos a los que concedo la máxima importancia. Ya lo he subrayado en las otras ocasiones en las que he polemizado con él, y no es cuestión de repetirlo [12]. Sí me interesa aclarar, no obstante, circunscribiéndome al texto que estoy comentando, que (algunos de) los riesgos que él ve en el constitucionalismo no positivista son riesgos reales y que deben ser tomados muy en serio por parte de quienes tratan (tratamos) de desarrollar esa concepción del Derecho. Pues, efectivamente, es importante no idealizar el Derecho de los sistemas constitucionales y mantener —como FERRAJOLI con toda razón subraya— la primacía axiológica del punto de vista externo; o sea, que no necesariamente van unidas la moralidad interna al Derecho y la moralidad externa; no vivimos, en definitiva, en el mejor de los mundos jurídicos posibles. También lo es no exagerar la existencia de conflictos entre derechos; esos conflictos, yo creo, se producen con alguna frecuencia, pero quizás no con tanta como los «entusiastas» de la ponderación suponen. En particular, me parece que FERRAJOLI tiene razón en subrayar que los derechos sociales no entran necesariamente en conflicto con los otros derechos, los de libertad; no tienen por qué verse tampoco simplemente como normas programáticas (aunque algunos de ellos —pero no todos— están así recogidos en nuestras constituciones); y una función importante de la dogmática jurídica es, sin duda, la de denunciar las lagunas y las contradicciones en las que incurre el legislador. Igualmente, conviene ser muy conscientes de que la crítica al formalismo jurídico no debe hacernos caer en el activismo judicial, en la defensa del gobierno de los hombres frente al de las leyes. Aunque, en este caso, quizás sea oportuno matizar que el nivel de «activismo tolerable» seguramente no pueda ser el mismo en los diversos sistemas jurídicos; quiero decir que puede entenderse que los jueces latinoamericanos sean más activos que los europeos (los italianos o los españoles) a la hora de reconocer (o de «crear») derechos sociales, simplemente porque si ellos no lo hacen, no cabe esperar que alguna otra instancia

[11] Un análisis más detallado de ambas argumentaciones puede verse en M. ATIENZA, «El caso Gürtel y la objetividad del Derecho», en *El notario del siglo XXI,* núm. 34, nov.-dic. 2010.

[12] Me refiero a M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI y J. J. MORESO, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, en Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008; y M. ATIENZA, «11 tesis sobre Ferrajoli», en *Doxa*, núm. 31, 2008.

estatal pueda satisfacer la exigencia que se plantea cuando alguien pide que se le reconozca uno de esos derechos: a la subsistencia, a la salud, etc. En definitiva, yo diría que mi acuerdo con FERRAJOLI es prácticamente completo por lo que se refiere a las tesis que podríamos llamar «sustantivas». Y también lo es en cuanto al objetivo que debe cumplir una teoría del Derecho: contribuir al desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos, hacer que las «promesas» constitucionales se conviertan en realidades.

Mi discrepancia con él —como también he escrito en alguna otra ocasión— radica en que la teoría del Derecho que nos presenta es, en mi opinión, insuficiente para cumplir del todo con esos objetivos, porque implica una visión excesivamente simple del Derecho. Para la construcción de una teoría adecuada para los Derechos del Estado constitucional hay una parte del recorrido a hacer en la que conviene ir de la mano de FERRAJOLI, pero luego yo diría que no hay más remedio que abandonarle, porque FERRAJOLI se queda a mitad de camino: da el paso del «paleopositivismo» al «positivismo crítico», pero la reducción del Derecho a un fenómeno de autoridad y el relativismo (o no objetivismo) ético hacen que su teoría se quede corta. Como escribía en mi «11 tesis sobre Ferrajoli»: «FERRAJOLI ha interpretado el constitucionalismo de nuestros días en clave positivista y relativista. De lo que se trata es de trasformar esa teoría en el sentido de superar los dos anteriores postulados, lo que haría posible integrarla en el contexto de una concepción amplia y unitaria de la razón práctica» [13].

Si volvemos de nuevo a las tres cuestiones que guían el trabajo de FERRAJOLI que estoy comentando (la relación entre el Derecho y la moral, la contraposición entre principios y reglas, y el papel de la ponderación en la jurisdicción), me parece que podría decirse que cada una de ellas plantea un problema que es advertido por FERRAJOLI, pero que en su concepción del Derecho no encuentra —no puede encontrar— una respuesta adecuada.

Lo que le impide ver la importancia que para la jurisdicción, la dogmática o la teoría del Derecho tiene reconocer la existencia de una conexión interna (en el sentido antes explicado) entre el Derecho y la moral es, por supuesto, su relativismo (o no objetivismo) ético, pero también una concepción sorprendentemente ingenua —y simplificadora— del fenómeno jurídico. FERRAJOLI, en efecto, parece identificar sin más el Derecho con las normas establecidas por el legislador y por el constituyente. No parece ver que, además de eso, el Derecho es también una actividad, una empresa que, con esos materiales, trata de obtener ciertos fines, de hacer progresar ciertos valores sociales. Ésa, me parece, es la razón de que pueda escribir que el Estado constitucional del Derecho, al positivizar no sólo el «ser», sino el «deber ser» del Derecho, viene a terminar con la tradicional contraposición entre razón y voluntad y (aunque esto no lo diga explícitamente) hace posible que el jurista pueda finalmente prescindir en su trabajo de la moral. «De este modo —escribe FERRAJOLI— el antiguo y recurrente contraste entre *razón* y *voluntad* , entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *Derecho natural* y *Derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los*

[13] M. ATIENZA, «11 tesis sobre Ferrajoli», cit.

hombres, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la "ley de la razón" —aun cuando históricamente determinada y contingente— bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la "ley de la voluntad", que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría». Entiéndase bien, lo anterior sería aceptable si se interpretara como una forma de expresar la idealidad del constitucionalismo, pero no tiene sentido, en mi opinión, referido a la simple existencia de una constitución rígida.

Por lo que se refiere a la contraposición entre reglas y principios, en FERRAJOLI (como también sostuve en otra ocasión) [14] existe una distinción (esencial en su concepción) que cumple, en cierto modo, una función análoga: la distinción entre vigencia y validez de las normas. La diferencia es que la existencia de una dualidad interna en el Derecho es planteada por FERRAJOLI de una manera más rígida que por los autores no positivistas, precisamente por el positivismo y el relativismo moral de aquél, que le llevan a entender la vigencia y la validez normativa en términos estrictamente autoritativos y no valorativos. Ello va ligado a una concepción empobrecida del Derecho que es lo que explica una afirmación que hace en su texto y que a mí me parece extraña. A propósito de si la prohibición de la tortura (la «inmunidad» contra la tortura, en su terminología) admite o no alguna excepción, escribe lo siguiente: «Pues bien, según el modelo normativo y garantista de las constituciones, la inmunidad contra la tortura no admite excepciones. El principio moral de la seguridad podrá, por ello, operar en el plano moral, pero no sobre el plano jurídico, con la consecuencia de que quien esté convencido de encontrarse ante un terrorista que tiene conocimiento de un futuro y gravísimo atentado, deberá asumir, si pretende violar la prohibición absoluta de la tortura para salvar la vida de innumerables personas, la responsabilidad moral de cometer el crimen de tortura y de sufrir las sanciones respectivas, sin pretender la cobertura del Derecho. Éste es el costo mínimo que debemos pagar a las garantías de los derechos fundamentales contra el arbitrio» (nota 43). O sea que, si yo le he entendido bien, la tortura podría estar en algún caso (digamos hipotéticamente) justificada en términos morales, pero nunca lo estaría jurídicamente. Pues bien, la extrañeza viene de que FERRAJOLI no se plantee que esos supuestos extraordinarios podrían quedar cubiertos por las figuras de la legítima defensa o del estado de necesidad que son, precisamente, mecanismos para impedir que, en ciertos casos, la licitud moral se distancie de la licitud jurídica. Pero, claro, es difícil pensar en la aplicación de esas figuras sin echar mano de juicios axiológicos, morales [15].

---

[14] M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», cit., 145.

[15] Curiosamente, hace unos pocos meses, Juan RUIZ MANERO y yo escribimos un trabajo («Abuso del derecho y derechos fundamentales», aún inédito), en el que nos planteábamos ese mismo problema. La respuesta que dábamos al mismo (y que puede servir para contrastar el modelo no positivista y el positivista de constitucionalismo) era que está justificado que exista una *regla* pública (jurídica) que prohíba de manera absoluta la tortura (digamos, para evitar los riesgos de «pendiente resbaladiza»), pero que eso era compatible con entender que puede haber, que teóricamente pueden darse, casos de tortura que podrían quedar cubiertos por alguna causa de justificación: por el estado de necesidad o por la legítima defensa.

De todas formas, creo que hay una manera de interpretar lo que dice FERRAJOLI con la que podría estar de acuerdo. O sea, en los supuestos de tortura podríamos encontrarnos frente a un «caso trágico»: el juez podría considerar que el acto estuvo en realidad justificado (integraba, por ejemplo, un caso de estado de necesidad), pero al mismo tiempo, considerar que existen razones institucionales (vinculadas con lo de la «pendiente resbaladiza») de tanto peso que le parece debe emitir una decisión de condena; o sea, opta por el mal menor, pero

Y en cuanto al papel de la ponderación en la jurisdicción, FERRAJOLI no deja de reconocer la existencia de una «dimensión equitativa de todo juicio»; y la equidad, como antes señalaba, no es otra cosa que un esquema ponderativo. Pero FERRAJOLI parece circunscribir la equidad al juicio de hecho; lo que es coherente con su idea —repetida varias veces en su trabajo— de que la ponderación no se refiere en realidad a los principios sino a las circunstancias de hecho, y de que el juez no puede crear la norma en la que basa su decisión. De manera que, en definitiva, el modelo de argumentación judicial que defiende FERRAJOLI pivota en exceso sobre (si no es que se reduce a) la subsunción: se trataría siempre de una subsunción de los hechos bajo normas preestablecidas. Pero eso presupone una idea verdaderamente simplificada —e inadecuada— de la jurisdicción. TARUFFO, por ejemplo, la ha criticado recientemente, aunque para ello hable únicamente de «dudas» o de «perplejidades» que surgen de la posición defendida por FERRAJOLI. En todo caso, según TARUFFO, con cierta frecuencia surgen casos (tanto en el *common law* como en el *civil law*) en los que el juez no se limita a aplicar normas preexistentes: en ocasiones, el juez dispone de un poder «creativo» para establecer o identificar la norma aplicable, sin que ello implique discrecionalidad. Añade además, en relación con el ámbito de los derechos humanos y sociales, que «si se limitase la función de la jurisdicción a declarar sólo lo que ya existe (o sea, si el juez no pudiese crear derechos previamente inexistentes: si nunca fuera aceptable el tópico *«remedies precede rights»*), se cerraría el camino a formas de garantía que podrían asegurar la ejecución de esos derechos, también en casos de inercia culpable de los legisladores» [16]. En las últimas páginas de su trabajo —en cierto modo, como un argumento a favor de su concepción cognoscitivista de la jurisdicción—, FERRAJOLI reivindica la necesidad de una «ciencia de la legislación» para que el lenguaje jurídico (constitucional y legislativo) sea «lo más simple, claro y preciso posible». Por supuesto, es una causa a la que cualquier jurista (persona) sensata debería sumarse, aunque esos términos no puedan significar exactamente lo mismo según se trate de textos legislativos o constitucionales. Pero que no resuelve (o no resuelve del todo) el problema. Por perfecto que sea el lenguaje de nuestras constituciones y de nuestras leyes, seguirá resultando inevitable (si deseamos vivir bajo Derechos en los que se respeten los valores constitucionales) que los jueces cumplan cierto papel creativo; siempre habrá cierto número de casos en los que deberá otorgarse al juez el poder —legítimo— de crear la norma en la que basar su decisión.

En la Entrevista que, en este mismo número de *Doxa,* le hace Juan RUIZ MANERO, FERRAJOLI afirma que lo que separa su teoría del Derecho de la de KELSEN o BOBBIO es que estos últimos no tomaron suficientemente en cuenta la importancia que tiene el fenómeno de las constituciones rígidas: el Derecho, para ellos, puede ser criticado, pero sólo desde una instancia externa; su compromiso político no encuentra por ello una conexión interna en sus teorías del Derecho. Pues bien, lo que a mí me separa de FERRAJOLI es que él no parece tener suficientemente en cuenta el fenómeno de la «moralización» de nuestros Derechos; el hecho de que no sólo tenemos constituciones rígidas, sino constituciones que incorporan, en gran medida, una moral justificada. FERRAJOLI advierte, efectivamente, que es posible criticar el Derecho desde dentro, pero no se da cuenta de que esa crítica no puede hacerse (o es insuficiente) si se prescinde de su dimensión moral. Dicho de otra manera, no se trata

es consciente de que con su decisión está vulnerando un valor jurídico (y moral) fundamental. Pero me parece que no es esto lo que quiere decir FERRAJOLI.

[16] M. TARUFFO, «Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción», en *Doxa,* núm. 31, 389.

sólo de que la ciencia del Derecho no puede ser avalorativa (como lo pretendieron KELSEN y BOBBIO), sino de que los valores a los que apela son tanto políticos como morales. O, en fin, para volver a mi XI tesis sobre FERRAJOLI, no sólo se trata de vincular el Derecho con la política, sino también con la moral, o sea, con la razón práctica, en todas sus dimensiones. Pero para eso se necesita, me parece, defender un objetivismo mínimo en ética, lo cual es incompatible con las posiciones de FERRAJOLI en materia de teoría moral: llámense éstas relativistas o no-cognoscitivistas.

FERRAJOLI, O EL NEOCONSTITUCIONALISMO NO TOMADO EN SERIO

Mauro Barberis
Traducción de Diego Dei Vecchi

RESUMEN. Esta última contribucción de Ferrajoli al debate sobre el (neo)constitucionalismo requiere cinco críticas: primero, el enfoque deductivista coherentemente adoptado por el autor desde *Teoría assiomatizzata del diritto* hasta *Principia iuris* deja muy poco espacio para la interpretación y la argumentación en el razonamiento jurídico; segundo, el propio problema de la relación entre derecho y moral no está verdaderamente discutido por él; tercero, cuarto y quinto, el mismo enfoque deductivista fuerza a Ferrajoli a reducir los principios a reglas, a ignorar el papel democrático que podría cumplir una ponderación actuada por el legislador y no por el juez, y a resolver de una discutible manera monista el problema pluralista del conflicto entre derechos.

Palabras clave: (neo)constitucionalismo, relación derecho-moral, principios, ponderación, pluralismo de los valores.

ABSTRACT. This Ferrajoli's last contribution to debate on (neo)constitutionalism deserves five criticism: first, deductivist approach coherently adopted by the author from *Teoria assiomatizzata del diritto* to *Principia iuris* leaves too little a stance for interpretation and argumentation in legal reasoning; second, the very problem of law-morals relations is not discussed but eluded by him, fourth and fifth, the same deductivist approach must constrain Ferrajoli to reduce principles to rules, to ignore the democratic role that could be carried out by a legislative and no-judicial balancing, and to provide a dubious monist answer to the pluralist question of conflict among rights.

Keywords: (neo)constitutionalism, law-and-morals problem, principles, balancing, value pluralism.

En *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* (de ahora en adelante CP), mi maestro y amigo Luigi FERRAJOLI despliega la siguiente estrategia teórica. Su teoría del Derecho, como se sabe, fue varias veces apresuradamente asimilada al neoconstitucionalismo: también por parte del suscripto, en el manual *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto* (Mulino, Bologna, 2011, pp. 232-234). En CP, reaccionando ante estas asimilaciones, FERRAJOLI toma distancia del neoconstitucionalismo: por él rebautizado, ahora, como constitucionalismo principialista e jusnaturalista y distinguido de su propio constitucionalismo garantista y positivista. Mi trayecto teórico es el opuesto; después de haber elaborado, con Susanna POZZOLO y Paolo COMANDUCCI, la propia noción de neoconstitucionalismo —a fin de criticar las teorías neoconstitucionalistas— hoy estoy convencido de que no es posible liquidar ni la noción ni las teorías. Hoy, en consecuencia, formulo cinco sumarias objeciones al último FERRAJOLI; cuando el lector de *Doxa* las vea, habrá salido mi *Manuale di filosofía del diritto* (Giappichelli, Torino, 2011) y también el ensayo *Esiste il neocostituzionalismo?* (en *Analisi e diritto*, 2011, pp. 11-30), y espero que entonces mis razones queden más claras.

1. La *primera* objeción al FERRAJOLI de CP, más general, está dirigida a la misma estrategia teórica adoptada. FERRAJOLI tiene razón al rechazar la asimilación al neoconstitucionalismo de la teoría del Derecho elaborada por él desde *Teoria assiomatizzata del diritto* (1971) a *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (Laterza, Roma-Bari, 2007-2009): obra cuya elaboración es anterior al giro neoconstitucionalista, y que, al menos en el primer volumen, continúa la tradición de los grandes sistemas iusracionalistas, de HOBBES a BENTHAM, reformulándola en los términos de la teoría formal iuspositivista. Más aún, FERRAJOLI, tiene razón al criticar al neoconstitucionalismo: posición teórica que en la teoría del Derecho de lengua inglesa une su propia fortuna a la de Ronald DWORKIN, y que en la teoría del Derecho continental, en particular «latina», tal vez está gozando de un éxito superior a sus méritos. Pero CP, desechando la teoría en su totalidad, no sólo evita sus debilidades sino que ignora sus aciertos, con lo que corre el riesgo de desconocer los genuinos problemas por ella planteados.

Las próximas objeciones estarán dedicadas a criticar las soluciones ofrecidas en CP para los tres principales problemas neoconstitucionalistas: conexión Derecho-moral, distinción reglas/principios, ponderación. Aquí querría sólo referirme a las razones teóricas por las que FERRAJOLI no puede proceder de modo diverso, si quiere ser coherente con la base conceptual del primer volumen de *Principia iuris*. En efecto, bajo este título un tanto engañoso —no obstante la definición estipulativa de «principio» expresamente formulada en la introducción— FERRAJOLI proporciona una teoría de las *reglas*, no de los *principios* del Derecho. Para él, como para mí, las reglas se distinguen de los principios por el hecho de ser aplicables deductivamente; para él, como para mí, el *sistema deductivo* jurídico no puede estar conformado, por definición, más que por reglas, de otro modo no sería un sistema deductivo: y en consecuencia es comprensible, aunque no justificable, que CP intente desembarazarse del problema que los principios plantean para una teoría del Derecho. Pero en el Derecho hay también principios: y ésta, creo yo, es una de la razones por la cuales el Derecho no puede ser reducido al modelo del sistema. Más adelante sostendré que los principios, y el neoconstitucionalismo en general, han de ser tomados más en serio de cuanto lo hace FERRAJOLI.

2. La *segunda* objeción, un poco menos general que la precedente, está dirigida al modo en el cual CP se libra del problema de la conexión entre Derecho y moral. También CP renueva la constante adhesión de FERRAJOLI a la tesis de la separación entre Derecho y moral y al iuspositivismo: en particular, a un iuspositivismo hoy llamado por él constitucionalismo garantista. Simétricamente, FERRAJOLI renueva el rechazo de la Tesis de la conexión iusnaturalista y del iusnaturalismo: equiparado a la teoría del Derecho, hoy quizás mayoritaria, por él llamada constitucionalismo principialista y por mí y por otros, más precisamente, neoconstitucionalismo. No es éste el momento de discutir sobre estas etiquetas; naturalmente, no estoy de acuerdo con el rechazo del término «neoconstitucionalismo», rechazo compartido por FERRAJOLI, Manolo ATIENZA y casi toda la teoría del Derecho española: término que sigue pareciéndome mucho menos equívoco que «constitucionalismo». El único problema al que quisiera referirme aquí es al de la conexión Derecho-moral: conexión diversamente teorizada por los diferentes autores neoconstitucionalistas, pero de la cual CP se libera acumulativamente como sigue.

FERRAJOLI comienza banalizando la tesis; obviamente hay conexión entre Derecho y moral, el Derecho siempre ha incorporado normas morales: las constituciones «expresan e incorporan valores ni más ni menos que cuanto lo hacen las leyes ordinarias». Como observa Giorgio PINO, sin embargo, aquí FERRAJOLI no sólo deja de lado el detalle de que las constituciones incorporan *expresamente* valores morales, sino que además parece usar el viejo argumento kelseniano del Rey Midas: todo aquello que el Derecho toca se convierte en Derecho. Según CP, por tanto, una de dos opciones: o las constituciones incorporan valores sólo en el sentido banal en que lo hacen también las leyes ordinarias; o la constitución misma se transforma en una tabla de valores, y así, de la sartén del legalismo ético iuspositivista se cae en la lumbre del constitucionalismo ético: la idea, descabellada —y expresamente rechazada por parte de todos los autores neoconstitucionalistas— de que las constituciones son justas por definición.

Sobre el punto hay mucha literatura que FERRAJOLI ignora, en el sentido del ingles *to ignore*, en tanto extraña a sus intereses: por ejemplo, todo el debate entre iuspositivismo inclusivo, exclusivo y normativo. No puedo por cierto criticarlo porque no se apasione por los problemas que sí me apasionan a mí: pero creo que el neoconstitucionalismo plantea al menos tres problemas reales. 1) ¿La positivización de la moral es una cuestión *all or nothing*, como suponen FERRAJOLI y todos los iuspositivistas, o bien puede haber partes del Derecho, como el Derecho constitucional, menos positivizadas que otras? 2) Las conexiones entre Derecho y moral, aun cuando fueran meramente contingentes, ¿no serían lo suficientemente importantes como para requerir una teoría del Derecho —sea neoconstitucionalista sea iuspositivista— que se ocupe de ellas? 3) ¿Entre conexión *sin restricción*, típica del Derecho natural tradicional, y no conexión, típica de los iuspositivismos exclusivo y normativo, hay lugar para una tercera postura? Como me hace notar ATIENZA, los (neo)constitucionalistas admiten que si la conexión fuese sin restricción, el Derecho colapsaría en una moral (positiva) particularmente repugnante, en tanto que creada por los jueces caso por caso.

3. La *tercera* objeción es triple: en primer lugar, FERRAJOLI se libera de la distinción reglas/principios; segundo, lo hace por razones principalmente ideológicas; por último, aunque el suyo sea un intento genuino de defender la democracia parlamentaria, en realidad termina por dejar a ésta sin ninguna función. En *primer* lugar, después

de haber constatado que las distinciones corrientes entre reglas y principios son débiles y no fuertes —salvo quizás por lo que se refiere a los principios programáticos— FERRAJOLI se libera sin más de toda distinción reglas/principios: «la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es por tanto, según creo, no estructural sino poco más que de estilo». Naturalmente FERRAJOLI sabe perfectamente que para arrojar al mar cuarenta años de discusiones sobre el punto son necesarios argumentos teóricos; bien, su más importante argumento teórico, compartido por él con Cristina REDONDO, parece ser el siguiente: los autores neoconstitucionalistas, aunque parten de la exigencia de exaltar la normatividad de los principios constitucionales, terminan involuntariamente por desconocerla.

En los términos mismos de CP: la distinción reglas/principios produciría «un desconocicmiento de la normatividad de los principios constitucionales», «cuyo respeto [sería] dejado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete», renunciando así a esa normatividad fuerte de la constitución que FERRAJOLI glorifica al final. Dicho de otro modo, si se admitiese *en teoría* que las disposiciones constitucionales expresan (no reglas, sino) principios, aplicables (no por deducción sino) por ponderación, se volvería *en la práctica* a la negación del carácter prescriptivo de la constitución que era común en el Estado legislativo. La pregunta aquí es la siguiente: ¿deberíamos negar una distinción *conceptual* entre reglas y principios, tan débil como se quiera, sólo porque admitirla supondría hacer normativamente más débiles nuestras constituciones rígidas, y en particular la italiana? Personalmente, estoy dispuesto a salir a la calle para defender mi constitución: pero cuando hago teoría del Derecho, avalorativamente, esto me permite reconocer que hay una distinción entre reglas y principios.

Normalmente, quien escribe practica el principio de caridad interpretativa y detesta ir a la caza de ideologías; pero aquí la ideología está por todas partes, porque tanto FERRAJOLI como los autores neoconstitucionalistas quieren exaltar la normatividad de la constitución, aunque lo hagan por medios diversos: el primero interpretando la constitución exclusivamente como un conjunto de reglas, los segundos como un conjunto de principios. Buscando una adaptación entre las dos posiciones, se podría decir que la constitución consta, dependiendo ello de la interpretación que se haga, de reglas o de principios; muchas disposiciones constitucionales en materia penal o de libertad individual son en efecto, y quizás deberían ser interpretadas como auténticas reglas; muchas disposiciones en materia civil o de derechos sociales son interpretadas, y quizás deberían serlo, como principios. Esta solución es, por otra parte, menos salomónica de cuanto podría parecer: bien vista *presupone* una distinción, aunque débil, entre reglas y principios, y en consecuencia da la razón a los neoconstitucionalistas.

Creo que sobre este punto los neoconstitucionalistas tienen razón también por otro motivo, quizás todavía más importante: motivo que tal vez no se subraya suficientemente. La distinción reglas/principios permite explicar el rol democrático del Parlamento en la realización de los principios constitucionales: y explicarla mucho mejor que FERRAJOLI quien, sin embargo, también quisiera exaltar la centralidad del Parlamento en contra del activismo judicial. Si la constitución estuviese compuesta sólo por reglas —como FERRAJOLI está obligado a sostener a partir del sistema deductivo elaborado en Pi1—, entonces al Parlamento no le quedaría función alguna, salvo quizás la de desarrollar los principios programáticos: para deducir, de hecho, no hay necesidad del Parlamento, basta con un

hombre cualquiera, siempre que esté dotado de razón. Yo creo que el rol asignado al Parlamento en una democracia constitucional es otro; el Parlamento aplica, especifica y pondera —de modos tan diversos como lo son sus cambiantes mayorías— principios constitucionales plurales, genéricos y en conflicto: principios que formulan jurídicamente los valores teorizados por el pluralismo de los valores (*value pluralism*: cfr. aquí, § 5).

4. *Cuarta* objeción: la teoría de FERRAJOLI se libera, por las mismas razones, de la ponderación de los principios. La principal inadvertencia neoconstitucionalista —omitir que de la ponderación de principios se obtienen reglas abstractas, y que éstas son aplicables deductivamente— se le escapa; se percata sólo de que, obviamente, «detrás de cada regla hay un principio». Toda la discusión sobre la ponderación, para él, sería sólo «una burbuja terminológica, inflada enormemente hasta designar las formas más desenvueltas de vaciamiento y de desaplicación de las normas constitucionales». Y aquí vamos de nuevo: CP parece ignorar, siempre en el sentido del inglés «to ignore», que la ponderación es el modo más común de razonar en ética. Esto lo hace notar, en cambio, REDONDO: que sin embargo está de acuerdo con FERRAJOLI respecto a la normatividad de la constitución. Luigi y Cristina, con quienes he discutido ardorosamente sobre este punto, parecen estar aterrados por la pérdida de normatividad de la constitución que se produciría si se admitiera la distinción reglas/principios; yo creo que el de la normatividad es un problema real, sobre todo en las democracias constitucionales menos consolidadas como las latinoamericanas y la italiana: pero creo también que sus preocupaciones son *normativas y políticas*, no *cognoscitivas y teóricas*. Desde el punto de vista cognoscitivo, no veo alternativa a reconocer, como se hace en la teoría de las normas al menos desde Georg Henrik VON WRIGHT y el BOBBIO de *Comandi e consigli* (1966) hasta ATIENZA y Ruiz MANERO, que sí hay diversos tipos de normas, con diferentes papeles y fuerzas normativas.

5. *Quinta* y última objeción: la teoría de FERRAJOLI encarna el punto de vista que es el contradictorio exacto al del pluralismo de los valores**:** la metaética desarrollada por Max WEBER, Isaiah BERLIN, Bernard WILLIAMS, Joseph RAZ y otros. En CP, FERRAJOLI defiende la misma posición monista defendida por él en estos años sobre los derechos: hay **sí** conflictos entre valores, principios y derechos fundamentales, pero un conflicto mínimo y marginal, que sería radicalmente reducido si todos aceptasen el sistema de conceptos adoptado en *Principia iuris*. Aquí, FERRAJOLI apunta sobre todo a los jueces brasileños, quienes habrían inventado derechos ficticios para frustrar la actuación de derechos auténticos: como si todos los jueces pudiesen aplicar su sistema deductivo; como si se pudiese siempre distinguir, sobre esta base, entre derechos auténticos y derechos ficticios; y como si la invención de derechos fuese una exclusividad de los jueces brasileños. Comparto con FERRAJOLI, entre muchas otras, también la convicción de que la ponderación de los derechos, en democracia, debe ser por vía *legislativa*, no judicial; sin embargo, la admisión de cualquier conflicto y de cualquier clase de ponderación amenaza con minar los pilares de su constitucionalismo garantista: iusracionalismo, deductivismo, monismo ético... ¿Puedo decirlo con un *slogan*? Si debo elegir, mejor el neoconstitucionalismo que el iuspositivismo de CP.

«CONSTITUCIONALISMO»: PROBLEMAS DE DEFINICIÓN Y TIPOLOGÍA*

Paolo Comanducci

Universidad de Génova

RESUMEN. El autor analiza y critica la definición de «constitucionalismo» de FERRAJOLI y su tipología de los constitucionalismos. Él afirma la oportunidad de distinguir entre constitucionalismo como teoría, como metodología y como ideología.

Palabras clave: constitucionalismo, definición, tipología, FERRAJOLI.

ABSTRACT. The author analyses and criticises the FERRAJOLI's definition of «constitutionalism» and his typology of constitutionalisms. He maintains the opportunity of distinguishing among constitutionalism as a theory, as a methodology and as an ideology.

Keywords: constitutionalism, definition, typology, FERRAJOLI.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

Mi discusión de algunas tesis expresadas por Luigi FERRAJOLI en el ensayo *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* va a ser aburrida y probablemente de escaso interés para los demás, pero, justamente para evitar que sea aburridísima, he tratado al menos que sea muy breve. Voy a concentrarme sólo sobre algunas cuestiones de definición y clasificación del constitucionalismo, ya que comparto muchas de las cosas que FERRAJOLI escribe en su ensayo contra el «constitucionalismo argumentativo o principialista» y no quiero, por otro lado, volver a insistir sobre viejos temas de mi debate con FERRAJOLI.

FERRAJOLI propone una revisión terminológica respecto al uso de «(neo)constitucionalismo» que se ha ido afirmando en la última década en Italia y en los países de habla hispana. Pero antes de la re-definición nos brinda un pequeño panorama de los usos corrientes de la palabra «constitucionalismo».

Según su reconstrucción, hay dos diferentes acepciones de «constitucionalismo»: una política y una jurídica. La acepción política designa, en la antigüedad como en la Edad moderna, una «práctica y concepción de los poderes públicos dirigidas a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad». La acepción jurídica designa en cambio un tipo de sistema jurídico, mejor dicho un tipo de modelo institucional, que el mismo FERRAJOLI generalmente llama Estado constitucional de Derecho, y, al mismo tiempo, una teoría del Derecho. Esta última tiene por objeto aquel modelo institucional, y se caracteriza por una concepción de la validez de las leyes como dependiente no sólo de requisitos procedimentales sino más bien sustanciales, es decir, de la conformidad de los contenidos de las leyes al contenido de la constitución. El constitucionalismo en su acepción jurídica abarcaría dos diferentes concepciones: una de corte iusnaturalista y otra de corte iuspositivista. La primera se opone al positivismo jurídico, la segunda quiere complementarlo. El constitucionalismo iusnaturalista, en la reconstrucción de FERRAJOLI, sería el que hoy muchos autores llaman neoconstitucionalismo. El positivismo jurídico, a la par del constitucionalismo, designaría no sólo una teoría sino un modelo institucional, el así llamado Estado legislativo de Derecho.

Después de haber criticado como «equívoca y engañosa» la terminología corriente, FERRAJOLI avanza una re-definición de «constitucionalismo» y una correlativa tipología de los constitucionalismos contemporáneos. Sugiere emplear únicamente la noción jurídica —pero sin indicar cómo deberíamos llamar al constitucionalismo político—. Propone hablar de «"ius-constitucionalismo" o "constitucionalismo jurídico", o mejor aún "Estado constitucional de Derecho" o simplemente "constitucionalismo"» para designar el modelo institucional caracterizado por la superioridad de la constitución sobre la ley y por el control de constitucionalidad, y también —es lícito inferir— las concepciones filosóficas y metodológicas que tienen por objeto este modelo. Sucesivamente FERRAJOLI presenta su tipología de los constitucionalismos que acaba de definir, distinguiendo entre constitucionalismos iusnaturalistas e iuspositivistas; dentro de los iusnaturalistas, hace hincapié en la variante contemporánea, que apoda «constitucionalismo argumentativo o principialista», mientras que, dentro de los iuspositivistas, recalca el «constitucionalismo normativo o garantista». De ambos ofrece, en su ensayo, una caracterización y un análisis comparativo, para finalmente criticar el primero y defender el segundo con abundancia de argumentos.

A continuación voy a presentar cuatro observaciones críticas sobre la propuesta de FERRAJOLI.

1. La primera es acerca de su re-definición. Sería, a mi parecer, más claro caracterizar por separado el objeto normativo e institucional, es decir, los modelos de Estado constitucional y de Estado legislativo, respectivamente, y no llamar del mismo modo las teorías que versan sobre ellos o las doctrinas normativas o axiológicas relativas a tales modelos. En efecto, no todo lo que se puede afirmar acerca del constitucionalismo o del positivismo como modelos institucionales se puede igualmente afirmar acerca de las teorías o de las doctrinas, y viceversa. Por ejemplo, parece evidente que no tiene ningún sentido hablar de constitucionalismo iusnaturalista o iuspositivista, principialista o garantista si con «constitucionalismo» se designara un modelo institucional. Además es preciso observar que hay independencia y no conexión necesaria entre el nivel de las ideas y el nivel de las instituciones: bien podría haber teorías, enfoques o ideologías constitucionalistas que tengan —tal vez críticamente— por objeto modelos positivistas, o, al revés, bien podría haber teorías, enfoques o ideologías positivistas que tengan por objeto modelos constitucionalistas. Si es así, resulta manifiestamente equívoco hablar de «constitucionalismo» o de «positivismo» para hacer referencia conjuntamente a teorías (y doctrinas) y a modelos.

2. La re-definición de FERRAJOLI presenta además un inconveniente menor: si «constitucionalismo» se usara sólo para designar el constitucionalismo jurídico, habría que llamar de otra forma al constitucionalismo político. Por tanto resultaría quizá mejor usar la palabra «iusconstitucionalismo» para distinguir esta idea frente al constitucionalismo político. Pero, si se aceptara la observación *sub* 1, es decir, si se usa «iusconstitucionalismo» para designar sólo teorías (y doctrinas) y no un modelo institucional, ¿cuál sería la diferencia entre usar «iusconstitucionalismo» y usar «neoconstitucionalismo»? En mi opinión, prácticamente ninguna que tenga trascendencia. En ambos casos el elemento común que permite usar aquellos rótulos para designar estas teorías o doctrinas está constituido por la centralidad asignada a su objeto, es decir, al modelo institucional denominado Estado constitucional de Derecho. Es el objeto que justifica el uso de «ius- o neoconstitucionalismo» para designar teorías o doctrinas que, por otro lado, difieren mucho entre sí.

FERRAJOLI en contra del uso de «neoconstitucionalismo» presenta, entre otros, el argumento según el cual esta palabra sugiere la idea de una estrecha vinculación entre el «nuevo» constitucionalismo y el «antiguo», es decir, el constitucionalismo político. Esta vinculación debe ser rechazada, en su opinión, porque, en un sentido, el constitucionalismo político sería un conjunto de garantías de la libertad *externas* al sistema jurídico mientras que el (ius- o) neoconstitucionalismo es un sistema de garantías *internas*, y, en otro sentido, el constitucionalismo político es una ideología política, de corte liberal, mientras que el (ius- o) neoconstitucionalismo es una teoría del Derecho. El argumento obviamente presupone una de las tesis centrales de la postura teórica de FERRAJOLI, según la cual el Estado constitucional de Derecho, con la introducción de la rigidez de la constitución, constituye un «cambio de paradigma [...] en la estructura del Derecho positivo». Si se negara esta premisa —por ejemplo insistiendo sobre la existencia de garantías jurídicas *internas* también en el Estado legislativo—, el argumento perdería casi por completo su fuerza. Además no sería difícil encontrar razones

a favor del uso del prefijo «neo», es decir, a favor de la opción de destacar los nexos de continuidad entre constitucionalismo político y jurídico, sin olvidar, por supuesto, sus diferencias. Por ejemplo, una de las características más evidentes que el neoconstitucionalismo contemporáneo comparte con el constitucionalismo político es la idea del Derecho como límite del poder: los dos tipos de constitucionalismos la declinan en modo diferente, pero se trata de un rasgo distintivo común, de corte liberal y antimayoritario. En conclusión, bien que se elija uno u otro prefijo, «neo» o «ius», igualmente se transmite la idea de que hay continuidad pero también diferencias entre los dos tipos de constitucionalismo: elegir al primero subraya más la continuidad, elegir al segundo subraya más las diferencias. No me parece que haya muchas razones para continuar esta discusión, que resulta ser poco más que una cuestión de matices.

3. Sigue siendo oportuno, en mi opinión, emplear la vieja distinción de BOBBIO entre positivismo como teoría, como metodología y como ideología, y no discutir nunca a favor o en contra del iuspositivismo a secas, sin previamente aclarar a qué tipo de positivismo se está haciendo referencia. Se trata en efecto de posturas diferentes y no necesariamente conectadas entre sí, de modo que alguien puede definirse positivista en una acepción de «positivismo» y no-positivista o incluso anti-positivista en otra acepción del término.

De la misma forma, sigue pareciéndome oportuno distinguir entre (ius- o) neoconstitucionalismo como teoría, como metodología y como ideología, y no discutir nunca a favor o en contra del neoconstitucionalismo a secas, sin previamente aclarar a qué tipo de neoconstitucionalismo se está haciendo referencia. En este caso también se trata de posturas diferentes y no necesariamente conectadas entre sí, de modo que alguien puede ser neoconstitucionalista en una acepción de «neoconstitucionalismo» y no serlo en otra. Como es el caso del mismo FERRAJOLI.

Ya aclaré que estoy de acuerdo con FERRAJOLI en opinar que el elemento común a todos los (ius- o) neoconstitucionalismos es la centralidad asignada al objeto de la teoría (y de la ideología): el modelo de Estado constitucional de Derecho y a sus realizaciones efectivas en los países contemporáneos. Lo que no comparto con él, y con la gran mayoría de los neoconstitucionalistas, es la idea de que, para dar cuenta de este objeto, haga falta necesariamente una teoría jurídica *normativa*. Y sobre esto volveré rápidamente al final de mi contribución. Es preciso sin embargo destacar que quizás haya una razón que explica la «incomodidad» que FERRAJOLI siente al ser etiquetado como neoconstitucionalista, mientras que acepta sin problemas el rótulo de iusconstitucionalista. En la tipología del positivismo jurídico presentada por BOBBIO hay una suerte de primacía conceptual del positivismo metodológico sobre los demás: la definición misma del iuspositivismo —en BOBBIO más aún que en HART y sus discípulos— depende de la distinción entre el Derecho como es y como debería ser, es decir, del positivismo metodológico, que constituye el presupuesto de la teoría y de la ideología positivistas. Si, de forma análoga, se asumiera que existe una primacía conceptual del neoconstitucionalismo metodológico sobre los demás y que la definición misma del neoconstitucionalismo depende de la conexión necesaria —por medio de los principios, valores y derechos fundamentales contenidos en las constituciones— entre Derecho y moral, entonces una postura como la de FERRAJOLI no podría ser etiquetada como neoconstitucionalista. De aquí, creo, viene la incomodidad a la que hacía referencia. Pero si se

asume, como estoy haciendo en estas páginas y de acuerdo con la propuesta de FERRAJOLI, que el elemento definitorio del (ius- o) neoconstitucionalismo está formado por el relieve atribuido a su objeto, es decir, al Estado constitucional de Derecho, entonces la incomodidad debería desaparecer.

4. La tipología de FERRAJOLI, lejos de ser «falsa» —ya que ninguna tipología lo es, por su naturaleza—, me parece sin embargo menos útil de la que presenté en algunos trabajos de la última década [1], justamente porque no distingue con claridad entre (ius- o) neoconstitucionalismo como teoría, como metodología y como ideología, y porque divide los neoconstitucionalistas en dos grupos: por un lado FERRAJOLI, ¡por el otro todos los demás! Estoy visiblemente exagerando, pero no tanto. Luigi afirma que mi tipología «ignora» el iusconstitucionalismo garantista: no es verdad —las tesis de FERRAJOLI concurren en conformar la *teoría* neoconstitucionalista—, pero sí es verdad que mi tipología no asigna al iusconstitucionalismo garantista un rol ni protagónico ni categorial. FERRAJOLI elige como elemento de distinción entre los dos tipos de iusconstitucionalismos —el principialista y el garantista, respectivamente— el ser o no ser iusnaturalista, o cuanto menos el ser o no objetivista moral. Yo diría en cambio que esto distingue a los autores sólo en el nivel de la metodología, y tampoco necesariamente. Únicamente quien niega la gran división entre ser y deber ser tiene necesariamente que rechazar el positivismo metodológico: hay iusnaturalistas (o cuanto menos objetivistas morales) que, como Carlos NINO, se adhieren al positivismo metodológico sin contradecirse. No obstante, como cuestión de hecho y contingente es verdad que hoy en día la mayoría de los neoconstitucionalistas son objetivistas y adversarios del positivismo metodológico.

Por otro lado, varias posturas de FERRAJOLI lo acercan, en mi opinión, al iusconstitucionalismo principialista mucho más de lo que él estaría quizá dispuesto a reconocer. En primer lugar, el constitucionalismo garantista, en tanto que filosofía y teoría política, comparte de manera explícita con el principialista un claro apoyo al modelo ideal del Estado constitucional de Derecho, y a los principios, valores y derechos fundamentales que lo caracterizan. En segundo lugar, el constitucionalismo garantista comparte el afán de muchos constitucionalistas principialistas por un cambio de paradigma de la teoría del Derecho, que debería hoy en día caracterizarse como normativa. Es, sin embargo, evidente que las razones de este cambio no son las mismas para FERRAJOLI que para los partidarios del constitucionalismo principialista.

Dejando de lado estos últimos, las razones de FERRAJOLI radican, como se sabe, en el cambio paradigmático del objeto mismo de la teoría: el Derecho constitucionalizado sería un objeto que requiere una teoría normativa. Pero, ¿por qué el cambio de sistema jurídico debería afectar a la teoría? La única explicación sensata que se me ocurre hace hincapié en la proximidad de FERRAJOLI con el constitucionalismo principialista. En efecto, los distintos niveles normativos —que constituirían en su opinión la diferencia entre Estado constitucional y Estado legislativo— existían también en el Estado legislativo de Derecho: piénsese por ejemplo en los niveles de la ley y del reglamento, o de la ley y de la sentencia. Allí también la validez de un reglamento o de una sentencia

[1] Cfr. ahora P. COMANDUCCI, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, R. ESCUDERO ALDAY (ed.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, 251-264.

dependía no sólo de cuestiones procedimentales, sino de su conformidad a la ley. También en el Estado legislativo la validez era cuestión de contenido y no sólo de forma. Parecería por tanto que lo que FERRAJOLI quiere subrayar —hablando de «cambio de paradigma»— es que en el nivel constitucional hay unos *específicos* contenidos (los principios, valores y derechos fundamentales) que no estaban previstos o garantizados en el Estado legislativo. La teoría del Derecho encontraría entonces la justificación de su normatividad en la necesidad de implementar estos contenidos en los niveles jurídicos infra-constitucionales. Si así es, las diferencias entre el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI y el constitucionalismo principialista se difuminan, ya que la normatividad de la teoría garantista sería más bien de corte político-moral que metodológico.

Para evitar esta conclusión, creo que FERRAJOLI debería abandonar su uso a veces ambiguo de «ciencia jurídica» y distinguir claramente entre dogmática y teoría del Derecho. La primera siempre es —y según FERRAJOLI debe ser, al menos en el Estado constitucional de Derecho— normativa. La segunda, en cambio, debe guardar su carácter a-valorativo, o como máximo ser normativa sólo desde un punto de vista metodológico.

UN BALUARTE DE LA MODERNIDAD

NOTAS DEFENSIVAS SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA*

Pierluigi Chiassoni

Universidad de Génova

«Vainement ma raison voulait prendre la barre;
La tempête en jouant déroutait ses efforts,
Et mon âme dansait, dansait, vieille gabarre
Sans mâts, sur une mer monstrueuse et sans bords»

C. Baudelaire

RESUMEN. El constitucionalismo garantista de Ferrajoli representa uno de los últimos baluartes de la modernidad en la filosofía jurídica contemporánea. Los argumentos que Ferrajoli opone al constitucionalismo principialista en lo que atañe al objetivismo y cognoscitivismo moral y a la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral pueden ser complementados, brindando el ataque al corazón mismo del enfoque objetivista y conexionista.

Palabras clave: modernidad, constitucionalismo, objetivismo moral, cognoscitivismo y no-cognoscitivismo moral, separación entre Derecho y moral, conexión necesaria entre Derecho y moral.

ABSTRACT. Ferrajoli's positivistic constitutionalism (*costituzionalismo garantista*) represents one of the last strongholds of modernity in contemporary jurisprudence. The arguments Ferrajoli provides against so called neo-constitutionalism (*costituzionalismo principialista*), concerning moral objectivism and cognitivism and the necessary connection between law and morals, may be complemented bringing the attack to the very heart of the objectivist and connectionist outlook.

Keywords: modernity, constitutionalism, moral objectivism, moral cognitivism and non-cognitivism, separation of law and morals, necessary connection between law and morals.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

1. *OPUS PERPETUUM*

El ensayo *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* proporciona una aclaración auténtica de la posición del garantismo de Luigi FERRAJOLI frente al llamado neo-constitucionalismo, dibuja un mapa ligeramente nuevo del pensamiento jurídico contemporáneo, destacando el constitucionalismo garantista, que es iuspositivista, del constitucionalismo principialista, no- o anti-positivista, y constituye por ende otro eslabón en lo que siempre más se parece a un *opus perpetuum* [1].

Comparto la idea de un constitucionalismo de corte iuspositivista. Comparto la idea de que el constitucionalismo no-positivista o anti-positivista represente en algunos de sus rasgos un regreso para la cultura jurídica —aun si, por supuesto, progreso y regreso son dioses misteriosos—. Comparto el no-cognoscitivismo (meta)ético como la separación entre Derecho y moral. Comparto en definitiva todo lo que hace del constitucionalismo garantista de FERRAJOLI una *Rechtsanschauung* modernista: aquí y ahora, uno de los últimos baluartes de la modernidad práctica frente a la contra-modernidad de algunos neo-constitucionalistas, que es a menudo el espejo de misteriosas inclinaciones cuales el deseo de «sentido», la voluntad de «esencias», la búsqueda de la «fundamentación última» u «objetiva» que disuelva el *horror vacui*.

Por supuesto, hay puntos críticos en el constitucionalismo garantista. Su forma de presentación tendría que ser, según me parece, aún más abiertamente normativa, como se conviene a una posición en un debate que se sitúa casi totalmente en el plano de las ideologías jurídicas [2]. El mapa de los constitucionalismos no garantistas tendría que ser más de detalle: ya sea para prevenir el riesgo de delimitar un genérico *«Hic sunt leones»* que oculte diferencias relevantes entre las posturas en juego [3]; ya sea porque la argumentación *destruens* es más fuerte cuanto más se dirige a posturas precisas de teóricos determinados. Hay también problemas en la delimitación entre constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista [4]. FERRAJOLI pretende destacar

---

[1] L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* traducción por Nicolás GUZMÁN.

[2] El mismo FERRAJOLI hace claro que el constitucionalismo garantista, en cuanto «modelo» de ingeniería del Derecho, «teoría del Derecho» y «filosofía y teoría política», «equivale a un proyecto normativo que requiere ser realizado a través de la construcción de garantías idóneas e instituciones de garantía, mediante políticas y leyes de actuación» (L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., § 3).

[3] Por ejemplo, NINO parece ser menos que ALEXY, DWORKIN o ZAGREBELSKY, en cuanto positivista metodológico y convencionalista conceptual consiguiente.

[4] «La primera orientación (el constitucionalismo principialista, ndr) —dice L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., § 1— está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación (el constitucionalismo garantista, ndr) se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías». La visión de los derechos fundamentales como valores o principios ético-políticos es a su vez la base de la crítica, por los principialistas, del positivismo jurídico en cuanto vinculado a la llamada tesis de la separación entre Derecho y moral, entre validez jurídica y justicia ético-normativa.

su posición, particularmente en lo que concierne a los deberes de los jueces en una democracia constitucional, conformándolos a un ideal regulativo de pasividad. Pero cabe preguntarse si su pretensión es acertada: ¿Cómo distinguir, en la práctica diaria de la adjudicación y la luz de las herramientas de la metodología jurídica que todos conocimos, entre el juez principialista y el juez garantista? ¿Dónde pasa el límite, si hay, entre la genuina interpretación garantista del Derecho, por una parte, y su ilegítima creación principialista, por la otra? [5].

Sin embargo, estos problemas serán pasados por alto. Lo que me interesa en el presente artículo es desarrollar una intervención adhesiva a favor del constitucionalismo garantista, añadiendo argumentos para defender su vinculación con la modernidad.

2. ¿QUÉ ES MODERNIDAD?

Todos sabemos qué es modernidad. Me limitaré pues a una evocación en cuatro breves etapas.

1. Según Charles BAUDELAIRE, la modernidad es la capacidad de ver y apreciar lo heroico y poético en el fluir sin fin, casual y peligroso, de una realidad que coincide con la experiencia. Es libertad desilusionada que se hace práctica de vida. Es desencanto que apoyándose a sí mismo permite actuar exitosamente, al mismo tiempo respetando y violando la realidad. Es desesperación que la razón vuelve en aceptación tenaz de la suerte, aun cuando ésta asume la forma de un mar tempestuoso y sin amparos [6].

2. En la misma línea de BAUDELAIRE, pero con más atinencia a la modernidad en el marco de la ética, Eugenio MONTALE —escribe Italo CALVINO—:

> *«ci parla di un mondo vorticante, spinto da un vento di distruzione, senza un terreno solido dove poggiare i piedi, col solo soccorso d'una morale individuale sospesa sull'orlo dell'abisso [...] Non c'è messaggio di consolazione o d'incoraggiamento in Montale se non si accetta la consapevolezza dell'universo inospite e avaro: è su questa via ardua che il suo discorso continua quello di Leopardi, anche se le loro voci suonano quanto mai diverse [...] Se Leopardi dissolve le consolazioni della filosofia dei Lumi, le proposte di consolazione che vengono offerte a Montale sono quelle degli irrazionalismi contemporanei che egli via via valuta e lascia cadere con una scrollata di spalle, riducendo sempre la superficie della roccia su cui poggiano i suoi piedi, lo scoglio cui s'attacca la sua ostinazione di naufrago»* [7].

Donde la moral individual suspendida al borde del abismo, el escollo estrecho que cada hombre tiene que abarcar con obstinación de náufrago, es la moral de la libertad y autonomía personal, aclarada por una luz tenue que nada tiene y quiere que ver con las lámparas obsecantes de las morales autoritarias o totalitarias (*«lume di chiesa o d'officina / che alimenti / chierico rosso, o nero»*) [8].

---

[5] Para unas aclaraciones sobre este punto, *vid.* más adelante, nota 26.

[6] M. FOUCAULT, *Qu-est ce que les Lumières?, www.foucault.info: «La modernité baudelairienne est un exercice où l'extrême attention au réel est confrontée à la pratique d'une liberté qui tout à la fois respecte ce réel et le viole».*

[7] I. CALVINO, «Lo scoglio di Montale», 1981, en *Id., Perché leggere i classici,* Milano, Mondadori, 1995, 241, 243.

[8] E. MONTALE, «Piccolo testamento», en *Id., La bufera e altro,* Venezia, Neri Pozza, 1956.

3. Immanuel KANT, en *Was ist Aufklärung?*, proporciona su visión de la ilustración, es decir de la modernidad, en los bien conocidos términos de

> «*la salida del hombre del estado de minoría que él tiene que imputar a sí mismo. Minoría* es la incapacidad de servirse del propio intelecto sin la guía de otro. *Imputable* a sí mismo es esta minoría, si no está causada por falta de entendimiento, sino por falta de determinación y de coraje en el hacer uso de su intelecto sin ser guiado por otro. *Sapere aude!* ¡Ten el coraje de servirte de *tu propio* entendimiento! Es ésta la divisa de la ilustración» [9].

Donde, por supuesto, el *sapere aude!* incluye también el atreverse de ser plenamente conscientes ya sea de lo que nuestro entendimiento no puede alcanzar, como de las inevitables tomas de decisión en las que se ejerce nuestra autonomía moral y se compromete nuestra responsabilidad frente a los demás.

4. Norberto BOBBIO identifica la filosofía moral de la modernidad con un racionalismo ético minimalista:

> «Nunca tuve la tentación de substituir la Diosa Razón al Dios de los creyentes. Para mí, nuestra razón no es una luz (*lume*): es una luz pequeñísima (*lumicino*). Pero no tenemos otra para continuar en las tinieblas de las que hemos llegado a las tinieblas hacia las cuales nos vimos» [10].

Al nivel metaético, el racionalismo minimalista de BOBBIO se caracteriza por una postura ontológica subjetivista (no-objetivista, anti-realista: los «universos morales» son universos personales, cuya existencia depende de, y pertenece a, la vida práctica de las personas, con sus invenciones y compromisos) y una postura epistemológica no-cognoscitivista [11].

Al nivel ético-descriptivo, es un enfoque pluralista: hay muchos universos morales, que son todos «verdaderos» para las personas que los construyen y adoptan.

Al nivel ético-normativo está comprometido con los principios del liberalismo ético, como el principio de autonomía individual, el principio del respeto de las personas, el principio de tolerancia, el único «propiamente laico», el principio de prudencia moral, el principio de apacibilidad («*mitezza*»), es decir el rechazo programático de la violencia contra cualquiera «que no debe confundirse ni con la aquiescencia, ni con la disposición a rendirse» [12].

---

[9] I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?,* 1784, tr. it., «Risposta alla domanda: cos'è l'illuminismo?», en *Id., Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto,* a cura di N. BOBBIO, L. FIRPO y V. MATHIEU, Torino, Utet, 1956, 141.

[10] N. BOBBIO, «Capire prima di giudicare», en *Id., Elogio della mitezza e altri scritti morali,* Milano, Nuova Pratiche Editrice, 1998, 199: «El hombre no puede no razonar, pero la razón sóla no basta. El seguidor de la sóla razón conoce sus límites y el ir más allá le está cerrado».

[11] N. BOBBIO, «Pro e contro un'etica laica», en *Id., Elogio della mitezza e altri scritti morali,* cit., 181.

[12] N. BOBBIO, «Introduzione», en *Id., Elogio della mitezza e altri scritti morali,* cit., 12; *Id., Elogio della mitezza,* 34 ss. El racionalista minimalista *«cerca di intravvedere un mondo in cui l'uomo, diventato tanto adulto da giudicare del bene e del male con le sole sue forze (maggiorenne nel senso del saggio kantiano sull'Illuminismo), non abbia bisogno, per sapere ciò che deve fare e soprattutto per farlo effettivamente, di altri ammaestramenti da quelli che può ricavare dalla ragione e dall'esperienza»* (N. BOBBIO, *Pro e contro un'etica laica,* cit., 181); *«dalla constatazione della molteplicità degli universi morali trae la conseguenza della necessità di una pacifica convivenza tra essi»* (N. BOBBIO, *Capire prima di giudicare,* cit., 202; sobre el principio de tolerancia, *vid.* también «Tolleranza e verità», en *Elogio della mitezza e altri scritti morali,* cit., 153 ss., y *Lode della tolleranza,* en N. BOBBIO, *L'utopia capovolta,* Torino, La Stampa, 1990, 140-143); *«non sarebbe uomo di ragione se non dubitasse dell'avvento di questo mondo, che, oltretutto, nella nostra età di ferro e di fuoco, gli appare più lontano che mai. Non sarebbe uomo di ragione se fosse tanto sicuro di sé, tanto presuntuoso e spavaldo da preannunciare a voce spiegata*

3. ¿PORQUÉ SER MODERNISTAS?

El rasgo distintivo de la modernidad moral se resume, pues, en una racionalidad prudente, consciente de los límites de la razón frente a las pasiones (y los intereses), pero que no toma tales límites como defectos que superar (en cualquier caso sólo aparentemente, con los seudo-remedios de la metafísica y de la fe) u ocultar, sino, de manera realista, como un aspecto de la condición humana sobre el cual construir planes de vida individuales y colectivos desencantados pero tomados y perseguidos en serio (el heroísmo frente a las contingencias de BAUDELAIRE, el escollo de la moral individual de MONTALE, el atrevimiento de ser mayores de KANT, la luz tenue pero tenaz de la razón de BOBBIO).

En el constitucionalismo garantista, como FERRAJOLI deja patente en toda su obra, la adhesión a la filosofía práctica de la modernidad se manifiesta en la defensa sin compromisos del no-cognoscitivismo (meta)ético y de la separación entre Derecho y moral.

Según FERRAJOLI, tendríamos que rechazar cualquier forma de objetivismo y cognoscitivismo moral: primero, por ser posturas ociosas frente al problema de la defensa y aceptación de una moral; segundo, por ser posturas peligrosas en sus implicaciones prácticas, porque los que poseen una moral (que ellos creen ser) objetiva y un puro objeto de conocimiento, tendrían la inclinación fatal al absolutismo moral, que es la negación de los valores liberales positivizados en las democracias constitucionales [13].

De manera similar, tendríamos que rechazar cualquier idea de una conexión necesaria entre Derecho (validez) y moral (justicia): primero, por ser una idea, contrariamente a lo que piensan lo neo-constitucionalistas, no necesaria por el hecho de que los principios constitucionales incorporan valores morales; segundo, por ser una idea sospechosa desde un punto de vista práctico, puesto que conduciría, por un lado, a la «falacia iusnaturalista» de hacer depender la validez de las normas positivas de los criterios de una pretendida justicia objetiva y, por otro lado, a la «falacia ético-legalista» de identificar la justicia con la validez (constitucional), borrando en ambos casos la distinción entre deberes jurídicos y deberes morales, entre el punto de vista del Derecho positivo, con sus contenidos ético-políticos contingentes, y el punto de vista externo, crítico y reformador, de la filosofía política y moral [14].

---

un mondo in cui, per ripetere le parole del poeta più disperato della nostra storia, "e giustizia e pietade altra radice/ avranno allor che non superbe fole"» (N. BOBBIO, *Pro e contro un'etica laica,* cit., 181).

[13] L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., § 4: «De aquí [del objetivismo y cognoscitivismo ético, ndr] se sigue una concepción del constitucionalismo que, con paradoja, genera el riesgo de acarrear un debilitamiento de éste, precisamente en el plano moral y político. En efecto, más allá de las intenciones de sus defensores, una concepción semejante se resuelve en la transformación del constitucionalismo en una ideología anti-liberal, cuyos valores pretenden imponerse a todos —moralmente, y no sólo jurídicamente— por ser de algún modo "objetivos", "verdaderos" o "reales". Por tanto, el resultado final del cognoscitivismo ético es, de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes: si una tesis moral es "verdadera", no es aceptable que no sea compartida por todos e incluso que no sea impuesta a todos en la forma del Derecho, del mismo modo en que no es tolerable que haya quien no comparta que 2 + 2 = 4. Bajo este aspecto, el objetivismo y el cognoscitivismo moral más coherentes son, sin duda, los expresados por la moral católica».

[14] L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., § 4.

Manuel ATIENZA ha expresamente criticado el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI en lo que concierne su filosofía moral, abogando por la necesidad de rechazar el no-cognoscitivismo y abarcar una postura más robusta, de corte objetivista [15]. Robert ALEXY, según su proyecto iusfilosófico, nos ha proporcionado el ejemplo más sofisticado de defensa de la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral [16].

No me parece que los argumentos que FERRAJOLI ofrece en favor de la modernidad práctica sean plenamente adecuados para contrastar las posiciones de ATIENZA y de ALEXY y, por tanto, poner de relieve la solidez y superior razonabilidad del constitucionalismo positivista [17]. Me parece, no obstante, que los argumentos de FERRAJOLI puedan complementarse, al fin de sugerir que no hay alternativa razonable al constitucionalismo positivista. Por lo menos, esto es lo que voy intentar argumentar en los dos apartados siguientes.

4. ¿CUÁL OBJETIVISMO MORAL?

Al final de una crítica abarcante del constitucionalismo de FERRAJOLI, Manuel ATIENZA llega a la conclusión que:

> «Lo que se echa en falta en su obra es, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus planteamientos jurídicos y políticos. En mi opinión, esa teoría moral no tendría que construirse sobre bases absolutistas, pero sí tendría que ser una teoría objetivista de la moral, entre otras cosas porque ésa es la que resulta más coherente con su concepción de los derechos fundamentales y con su visión del Derecho como un instrumento indispensable (puesto que no tenemos otro) para luchar por los valores de la igualdad y de la solidaridad» [18].

Cómo sería, pues, esta teoría de la moral no absolutista, sino objetivista, que faltaría al constitucionalismo positivista de FERRAJOLI? ¿Sería verdaderamente algo que el constitucionalismo positivista ya no posee, según sostiene ATIENZA?

Aparentemente, la teoría moral objetivista a la cual alude ATIENZA se sitúa en el marco del racionalismo ético. Sus tesis básicas parecen ser cuatro, si no me equivoco:

1. *No-verdad*. Los principios y/o los juicios morales no tienen el mismo valor de verdad que los principios o juicios científicos o las afirmaciones sobre hechos determinados (como, por ejemplo: «A las diez de la mañana del 4 de julio de 2010, llovieron ratones amarillos en Monterrojo»).

---

[15] M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 161 ss.; *Id.,* «Tesis sobre Ferrajoli», en *Doxa,* 31, 2008, 213-216. En la misma línea de ATIENZA, J. J. MORESO, *Antigona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli,* § IV, en este mismo número, rechaza la tesis ferrajolana de las consecuencias pernicionas del objetivismo moral, defendiendo tal posición como necesaria también al constitucionalismo garantista.

[16] R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism,* Oxford, Oxford University Press, 2002; *Id., El concepto y la naturaleza del Derecho,* Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

[17] Además de L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., §§ 2 y 4, *vid.* también *Id.,* «Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* cit., 175 ss.

[18] M. ATIENZA, *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico,* cit., 165.

2. *Fundamentabilidad objetiva*. Los principios y/o los juicios morales poseen, no obstante, la propiedad de ser «fundamentables objetivamente. O, mejor dicho, que unos son objetivamente fundamentables», y pueden ser objetivamente fundamentados o correctos, por lo menos *rebus sic stantibus*, «y otros no. Que existen criterios, *criterios racionales* para considerar a unos como correctos y a otros como incorrectos».

3. *Disposición a la discusión racional y rechazo del emotivismo puro*. «Lo esencial [...] es aceptar que acerca de las cuestiones morales cabe una discusión racional; no exactamente igual a las de carácter científico, pero racional; esto es, que hay criterios objetivos y que [...] nuestros juicios [morales] no son meras proclamaciones de deseos o manifestaciones de emociones».

4. *Error rétorico*. El escaso éxito de esta teoría moral depende de un error retórico de los objetivistas morales: «no puede ser que resulte tan difícil hacer ver a los demás algo que, en el fondo, es bastante trivial» [19].

Ahora bien, una ética puede ser racionalista —y entonces, según este enfoque, «objetivista»— en tres formas diferentes.

En primer lugar, si se cree en una *razón subtantiva* (fuerte) que nos proporcione un conocimiento objetivo ya sea de los verdaderos principios morales y sus verdaderas conexiones, ya sea de la verdadera esencia o naturaleza de las cosas, de la cual podemos sacar los verdaderos principios morales.

En segundo lugar, si cree en una *razón formal* (débil) con la cual construir criterios (lógicos, retóricos, hermenéuticos, pragmáticos, etc.) para sacar —y controlar— las implicaciones que pueden derivarse de premisas previamente establecidas: premisas que pueden ser el fruto de convenciones, estipulaciones, actos de determinación, albedrío, voluntad, meras preferencias, etcétera.

En tercer, y último, lugar, si cree en una *razón instrumental* (débil) con la cual calcular los efectos de nuestras acciones y formular hipótesis acerca de la conexión entre fines datos y lo que es preciso hacer para alcanzarlos en una cierta medida [20].

Aparentemente, el objetivismo ético racional de ATIENZA tiene que descartar la razón sustantiva y fuerte, ya sea en cuanto razón que nos proporciona (misteriosamente) un conocimiento inmediato de los verdaderos principios últimos de la moral, ya sea en cuanto facultad que nos abre mágicamente las puertas de la naturaleza de las cosas. Puesto que, en ambos casos, una razón parecida conduce a teorías morales absolutistas.

El objetivismo de ATIENZA, pues, no puede ser sino un objetivismo racional débil, donde la razón tiene el papel de construir y proporcionar argumentos en relación a principios y/o juicios últimos que, a su vez, no pueden ser el fruto sino de compromisos morales últimos, siempre revisables (así como siempre revisables, son, si se me permite la comparación, las disposiciones testamentarias). Se trataría, entonces, de una teoría moral racionalista construida alrededor de un inesquivable núcleo emocional, donde rigen las pasiones, los sentimientos, las preferencias morales de cada individuo.

---

[19] M. ATIENZA, «Cuento de navidad», en *Analisi e diritto 2009,* 2009, 116-117.

[20] Para este análisis he disfrutado de N. BOBBIO, «Reason in Law», en *Ratio Juris,* 1, 2, 1988, 97-107.

Pero si las cosas están así, si la razón que, en la teoría defendida por ATIENZA, es garantía de objetividad moral es una razón débil, formal y/o instrumental, y no una razón fuerte y sustantiva, cabe llegar a algunas conclusiones no del todo triviales.

Primero, un objetivismo racional parecido ya está compartido por el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI: ¿podríamos acaso negar que la disposición a la discusión racional y la argumentación según criterios de coherencia lógica, claridad, constancia terminológica, atención para las consecuencias prácticas, etc., no sean una parte conspicua del constitucionalismo garantista?

Segundo, en el constitucionalismo garantista esto pasa sin contradicción, puesto que una forma débil de objetivismo racional se sitúa plenamente en el marco de la modernidad práctica abogada por FERRAJOLI.

Tercero, la teoría moral defendida por ATIENZA no es, paradójicamente, tan diferente de la adoptada por FERRAJOLI, de forma que su crítica del no-objetivismo ferrajoliano parece, bajo este perfil, infundada —y su invitación al Círculo de los objetivistas, performativamente infeliz—.

Con todo, sí hay una diferencia que merece ser destacada entre la postura moral de ATIENZA y la de FERRAJOLI. ATIENZA —tal vez por confiar demasiado en la razón o consideraciones estratégicas— parece inclinado a no poner de relieve los límites de la ética objetivista y racionalista que propone, exaltando sin más su pretendida objetividad. En cambio, FERRAJOLI manifiesta sin recelos una visión realista, desilusionada, de los alcances y límites de esta forma débil de racionalismo ético —la única practicable, como ya sostuvo BOBBIO[21]—.

Así, cuando se trate de los valores y de los compromisos morales últimos, la razón bien puede apelar, por ejemplo, a las «lecciones de la historia», esperando que, de una manera por sí decirlo *ostensiva*, nuestros interlocutores lleguen a compartir nuestros valores, cambiando sus previas preferencias últimas. ¿Menosprecias a los derechos humanos? Mira lo que pasa cuando el menosprecio está difundido en una sociedad. Mira, por ejemplo, lo que pasó en *** y lo que pasa ahora en ***. ¿Te parecería bien vivir en un Estado en el cual los derechos fundamentales de las personas son violados impune y difundidamente por los públicos poderes? Considera además que, donde los derechos humanos son menospreciados y violados, cada individuo —y éste podrías ser *tu* mismo o uno de los *tuyos*— está seriamente amenazado...

---

[21] L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., § 4: «La alternativa al cognoscitivismo ético, por otra parte, no es en absoluto el puro emotivismo. No debemos confundir el objetivismo y el cognoscitivismo con la argumentación racional: la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más "verdadera" que la solución opuesta»; *vid.* también el paso en coincidencia con la nota 41. J. J. MORESO, *Antigona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli,* cit., cita el paso anterior como una confesión de debilidad sin remedio. Pero, a su vez, MORESO no parece proporcionar algún argumento convincente para su pretendida forma más fuerte de objetivismo. Su invocación de la existencia de «mejores criterios» parece apoyada, por un lado, a un argumento *ab absurdo* (deben existir estos «mejores criterios» porque, en caso contrario, nuestra vida moral sería un sinsentido; como decir, debe existir Dios porque, en caso contrario, todo sería permitido, no habría salvación eterna, etc.); por otro lado, a un razonamiento que hace hincapié en un avatar del dilema de Eutifrón. Los mejores criterios —dice MORESO— son identificados por las personas razonables. Ahora bien: ¿un criterio es mejor porque es identificado por las personas razonables, o las personas razonables lo identifican porque es mejor?

En apelaciones semejantes a la historia y a la experiencia —es preciso subrayarlo— no existe alguna confusión de planes, ni pasos ilícitos desde la descripción a la prescripción [22]. Se usa simplemente la razón débil —la razón de la modernidad— que argumenta, consciente de sus límites, en el mar tempestuoso de los choques de ideologías y visiones del mundo.

5. ¿CONEXIÓN O SEPARACIÓN?

Aun cuando a menudo se habla de la tesis de la separación entre Derecho y moral, cabe dudar de que se trate de una tesis, con un contenido unívoco, y no de una pluralidad de tesis heterogéneas que es preciso identificar cuidadosamente.

Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista aclara este punto, asumiendo una postura positivista ejemplar.

En primer lugar, en sintonía con HART, FERRAJOLI adopta la *tesis empírica de las* múltiples *conexiones contingentes* entre los sistemas jurídicos positivos, por un lado, y las normas y valores de alguna moral, por el otro: destacando en particular la conexión genética, en lo que concierne a la producción legislativa de normas jurídicas, y la conexión interpretativa, en el marco de la jurisdicción. Desde este punto de vista empírico, FERRAJOLI admite también, con explícita referencia a la postura de ALEXY, que «[i]ncluso el ordenamiento más injusto y criminal contiene, *al menos para su legislador*, una (*subjetiva*) "pretensión de corrección"» [23].

En segundo lugar, como convencionalista y pragmatista conceptual consecuente —en sintonía, podríamos añadir, con Uberto SCARPELLI y Carlos S. NINO— FERRAJOLI rechaza el esencialismo conceptual y, por tanto, la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral en cuanto tesis acerca de un pretendido contenido necesario del concepto de Derecho. Aboga en cambio, para razones declaradas de conveniencia epistémica y práctica, a favor de la adopción del concepto positivista de Derecho, que identifica el Derecho con las normas producidas por autoridades (*auctoritas facit legem*) y comporta el rechazo de la concepción iusnaturalista de la validez jurídica, incluso en la versión de la fórmula de RADBRUCH (las leyes injustas en medida extrema no son Derecho) [24]. De esta forma, FERRAJOLI adopta la variante epistemológica de la llamada tesis de la separación, es decir, la *tesis epistemológica de la separación entre Derecho y moral*, que impone separar el conocimiento empírico del Derecho de su evaluación moral, y formular tal conocimiento mediante un aparato de conceptos moralmente neutrales.

En tercer lugar, al afirmar que en el constitucionalismo garantista «la separación entre las dos esferas [del Derecho y de la moral] resulta confirmada [...] tanto en el

---

[22] Contrariamente a lo expuesto por FERRAJOLI, sostiene M. ATIENZA, *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico,* cit., 161-162.

[23] L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., § 4, cursivos redaccionales; *Id., Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso,* cit., 188: «el Derecho positivo es "el producto de las elecciones ético-políticas de sus operadores", legisladores, constituyentes, y también jueces, puesto que la jurisdicción «si bien está sometida a la ley, implica unos espacios de discrecionalidad interpretativa que no se pueden suprimir y que inevitablemente deben colmarse con las elecciones de juicios de valor del intérprete».

[24] L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., § 4.

plano asertivo de la teoría del Derecho como en el plano axiológico de la filosofía política», parece que FERRAJOLI —para alguien que viera las cosas de manera superficial— defiende tres tesis más en relación con la separación entre Derecho y moral[25].

Se trata aquí, es preciso subrayar, de tres tesis prácticas o, en términos más claros, de tres principios —aun si FERRAJOLI hable de «significados» diferentes de «la separación» o del «principio de separación»—.

Los dos primeros son identificados por la teoría jurídica garantista —«como corolario del principio de legalidad» y «en garantía de la sujeción de los jueces sólo a la ley»— en su esfuerzo de reconstrucción imaginativa de los principios que convienen a una democracia constitucional y que, por tanto, desde el punto de vista de una dogmática garantista, tendrían que ser considerados como vigentes, aun si implícitamente, en ellas.

En cambio, el tercer principio es identificado por la filosofía política garantista —como «corolario del liberalismo político» y «en garantía de las libertades fundamentales»— y es ofrecido a la dogmática garantista para que lo invoque en la interpretación y la crítica de concretos ordenamientos constitucionales.

Veámoslos rápidamente, expresándolos en aras de claridad con términos no estrictamente ferrajolanos.

1. *Principio de separación jurisdiccional entre Derecho válido y Derecho justo (rechazo del moralismo jurisdiccional)*: los jueces no deben «derivar» el Derecho válido del Derecho que ellos mismos suponen ser el Derecho justo, aunque lo hagan a la luz de la filosofía política garantista. Deben en cambio preservar una solución de continuidad entre lo que es Derecho válido, por un lado, y lo que es Derecho justo, por el otro. Por supuesto todo esto —como FERRAJOLI abiertamente reconoce— en los límites de lo posible, considerada la inesquivable discrecionalidad conectada a la interpretación de la constitución y de las leyes.

Se trata pues de un principio metodológico, que atañe a la interpretación y aplicación judicial del Derecho y intenta prevenir, en lo posible, lo que podría llamarse *moralismo jurisdiccional* al nivel genético de la creación judicial de Derecho nuevo *sub specie interpretationis*.

Se trata, además, del principio que representa una de las principales diferencias, al nivel ideológico y normativo, entre el constitucionalismo garantista, por un lado, y el constitucionalismo principialista fuerte (o (casi)iusnaturalista) o débil (vinculado con el llamado positivismo jurídico incluyente o incorporacionista), por el otro, puesto que estas dos posturas parecen compartir en cambio la adhesión al principio opuesto, de conexión jurisdiccional entre Derecho válido y Derecho justo[26].

---

[25] *Ibid.*, § 3; *Id., Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia,* Roma-Bari, Laterza, 2007, 309 y ss.

[26] El problema, como señalé antes, es si y como el principio de separación jurisdiccional pueda ser observado de una manera efectiva, si y como sea posible averiguar sus eventuales violaciones. A este propósito, es preciso subrayar que, en el constitucionalismo garantista (L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., § 6), el principio de separación jurisdiccional está complementado por otros principios metodológicos y de ciencia de la legislación, que en su conjunto tendrían que aumentar el «grado de satisfacción» del «ideal regulativo» de una jurisdicción «cognoscitivista». Estos principios pueden ser re-

2. *Principio de separación jurisdiccional entre Derecho justo y Derecho válido (rechazo del legalismo ético jurisdiccional)*: los jueces no deben derivar el Derecho justo del Derecho válido, «aun cuando conforme a la constitución».

Se trata nuevamente de un principio metodológico, que atañe a la interpretación y aplicación judicial del Derecho, aunque especulativa del precedente puesto que trata de prevenir el *legalismo ético jurisdiccional*, es decir la equiparación ciega del Derecho justo al Derecho válido, y esto «en garantía de la autonomía crítica del punto de vista moral externo al Derecho» [27].

3. *Principio de separación legislativa entre Derecho y moral (rechazo del moralismo legislativo o legislative enforcement of morals)*: «en garantía de las libertades fundamentales en todo aquello que no produce daño a otros», los legisladores no deben utilizar el «Derecho como instrumento de reforzamiento de la (o sea de una determinada) moral».

En la filosofía garantista de FERRAJOLI estos principios, que representan «un límite al poder de los jueces y a su arbitrio moral» y «un límite al poder de los legisladores y a su injerencia en la vida moral de las personas», son a su vez concretizaciones de un cuarto principio: el *principio ético-político de separación entre Derecho y moral*. Este principio impone el rechazo del moralismo jurídico y del constitucionalismo ético como postura ético-normativa general, y tiene que ser entendido como instrumental a «fundar la primacía» axiológica del «punto de vista moral y político sobre el Derecho [...] como punto de vista de la crítica externa, de la proyección y de la transformación institucional, y también, si la ley es considerada intolerablemente inmoral, como fundamento del deber moral de la desobediencia civil», de forma que inspire las

---

construidos en la siguente forma: P1) los jueces no pueden proporcionar protección jurisdiccional a derechos *inventados* por ellos mismos, es decir, que no tengan algún «fundamento en la letra de la Constitución», que sean «carentes de todo anclaje en el texto constitucional, ni siquiera implícito o indirecto» (se trata, pues, de una versión más clara y específica del Principio de separación jurisdiccional); P2) los jueces deben tratar las disposiciones constitucionales que adscriben derechos fundamentales como expresantes principios regulativos o imperativos, es decir, como principios normativamente fuertes, que imponen deberes negativos o positivos al legislador, aunque en formas diferentes (los principios que adscriben derechos sociales siendo regulativos sólo en lo que concierne el *an,* pero directivos en lo concierne el *quantum* y el *quomodo*) y, sobre esta base, deben proceder a la identificación de las antinomias y de las lagunas estructurales, adoptando los remedios de su competencia; P3) los jueces deben asumir que hay espacio para la ponderación sólo en presencia de principios directivos o en los casos de conflicto entre un principio regulativo y un principio directivo explícito (por ejemplo, el principio de libertad individual y el principio de seguridad, si y sólo si la seguridad está expresamente garantizada en la constitución); P4) los jueces deben asumir que la ponderación no tenga por objeto normas (principios, reglas), como a menudo se sostiene, sino hechos: que consista pues en la evaluación del peso de circunstancias específicas de los casos concretos, al fin de determinar qué principio o regla debe ser aplicado consideradas todas las cosas, haciendo uso de su poder de connotación equitativa de los hechos; P5) los jueces, en los límites impuestos por los principios antes considerados, pueden continuar con la «vieja "interpretación sistemática", conocida desde siempre y practicada por los juristas, consistente en la interpretación del sentido de una norma a la luz de todas las demás del sistema»; P6) los legisladores, a fin de limitar el margen insuprimible de discrecionalidad interpretativa judicial y en garantía de los principios de separación de los poderes y legalidad de la jurisdicción, deben emplear «una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro [no valorativo] y preciso posible». El activismo judicial constituye un problema también para un principialista como Robert ALEXY, cuya solución, representada por el «principio de solución diferenciada» parece más aparente que efectiva (R. ALEXY, «The Dual Nature of Law», en *Ratio Juris,* 23, 2010, 179-180).

[27] L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* cit., § 3.

acciones de cada miembro de la sociedad de una democracia constitucional, tanto en su vida privada como en la pública [28].

Sin negar que los sistemas jurídicos tengan contenidos morales, ni que sean de hecho caracterizados por subjetivas pretensiones de corrección moral por los legisladores, FERRAJOLI, como vimos antes, crítica la tesis de la conexión necesaria entre validez y justicia esencialmente por incurrir en la falacia iusnaturalista y en la falacia ético-legalista.

Sin embargo, un defensor de dicha tesis —por ejemplo, Robert ALEXY— podría contestar: primero, que la pretendida falacia iusnaturalista no es falacia, sino un rasgo esencial de las relaciones entre Derecho y moral que la tesis de la conexión necesaria, correctamente entendida, meritoriamente destaca; segundo, que la tesis de la conexión necesaria, correctamente entendida, pertenece a un enfoque no-positivista incluyente, instanciado por la doctrina y la fórmula de RADBRUCH, que rechaza tanto el no-positivismo excluyente (cualquier defecto moral de una ley perjudica su validez jurídica), como el no-positivismo super-incluyente (ningún defecto moral de una ley perjudica su validez jurídica), lo que coincide en último término con el legalismo-constitucionalismo ético de que habla FERRAJOLI [29].

Frente a estas réplicas, la crítica de FERRAJOLI muestra tal vez el límite de no haber hecho un uso pleno de los recursos del enfoque iuspositivista para realizar un ataque al corazón mismo del no-positivismo si bien representado por ALEXY y, en particular, a su tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral.

Naturalmente, aquí no se puede encontrar algún *knock-down argument*, pero merece la pena argumentar un poco más.

La tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral es presentada y defendida por ALEXY como una tesis que reflejaría la doble naturaleza, factual y valorativa (ideal), del Derecho que estaría apoyada, en lo que concierne su pretendida necesidad conceptual, en la tesis y/o «argumento» de la corrección, según lo cual

> «tanto los sistemas jurídicos en tanto un todo, como también las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas *necesariamente* formulan una pretensión de corrección».

que «contiene», al nivel constitucional, una «pretensión» de corrección moral y, más precisamente, «de justicia» [30].

La tesis de la conexión necesaria y el argumento de la (pretensión necesaria de) corrección han sido criticados por muchos iusfilósofos [31]. No voy a repetir sus argu-

---

[28] *Ibid.,* § 4, texto en relación a la nota 42.

[29] R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho,* cit., 81 y ss.; *Id., The Dual Nature of Law,* cit., 176-177.

[30] R. ALEXY, «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección», 1997, en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre Derecho y moral,* cit., 70; *Id., Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin,* cit., 114; *Id., Begriff und Geltung des Rechts,* 1994, tr. eng., *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism,* Oxford, Oxford University Press, 2002, 20-23, 31-38.

[31] *Vid.*, por ejemplo, E. BULYGIN, *Alexy y el argumento de la corrección,* 1993, e *Id.,* «La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la moral», 2000, en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre Derecho y moral,* traducción e introducción de P. GAIDO, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, 41-51, 85-93; J. RAZ, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism,* 2007, en *Id., The Authority of Law. Essays on Law and*

mentos. Aunque, en cambio, voy a delinear tres argumentos más: un argumento parasitario, un argumento alexyano, un argumento del convencionalismo conceptual.

ALEXY articula su argumento de la corrección en dos pasos. El primer paso consiste en poner de relieve la *absurdidad* de ciertas disposiciones constitucionales. El segundo paso consiste en sostener que se trataría de una absurdidad *conceptual*.

El argumento parasitario y el argumento alexyano apuntan al primer paso del argumento de la corrección; el argumento del convencionalismo conceptual apunta, en cambio, al segundo paso y al concepto dual de Derecho en cuanto concepto que ALEXY proporciona con pretensiones de exclusividad.

5.1. Argumento parasitario

Llamo a este argumento «parasitario» porque disfruta de una reacción crítica previamente asumida frente al argumento de ALEXY.

ALEXY aduce como prueba capital de la pretensión necesaria de corrección el hecho, que él considera evidente, de la *absurdidad* —aparentemente, en forma de infelicidad pragmática— de disposiciones constitucionales como, por ejemplo,

(1) X es una república soberana, federal e injusta
(2) X es un Estado justo

puesto que la primera sería performativamente contradictoria, la segunda performativamente redundante [32].

BULYGIN contesta no ver tal absurdidad: no ver, más precisamente, ni una contradicción performativa en la primera disposición, sino tal vez su contingente inoportunidad política; ni una redundancia performativa en la segunda disposición, sino en cambio la posibilidad que, lejos de ser inútil, sea en algún contexto institucional políticamente muy oportuna.

Más allá de su contenido, la reacción crítica de BULYGIN, en cuanto reacción totalmente razonable, es prueba de que la pretendida absurdidad de las dos disposiciones, como ocurre a menudo con muchas otras pretendidas absurdidades, no es evidente para nada. Esto sugiere, a su vez, que una tal absurdidad es evidente si, y sólo si, *ya* hemos aceptado la tesis de la corrección y el concepto de Derecho con ella vinculado [33]. En este caso, sin embargo, los dos enunciados constitucionales no proporcionan alguna prueba independiente a favor de la pretensión necesaria de corrección, y toda la argumentación de ALEXY, que en ellos se funda, se revela viciada por una *petitio principii*; es, en suma, una seudo-argumentación. Pero si las cosas están así, las consecuencias

---

Morality, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 313-335, donde se sostiene que el argumento de la corrección es un argumento formal universal, que sólo nos dice, si aceptamos sus premisas, que cualquier acto intencional está acompañado por una pretensión de corrección, de forma que para sostener que el Derecho se caracteriza por una pretensión de corrección moral es preciso introducir otros argumentos.

[32] «Es difícil negar que este artículo [(1), ndr] sea de alguna manera absurdo» (R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho,* cit., 46; *Id., The Dual Nature of Law,* cit., 169).

[33] Siendo, por ejemplo, «participantes» así como entendidos estipulativamente por ALEXY. R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism,* cit., 25.

para la teoría de ALEXY son devastadoras. El argumento de la corrección es el pilar fundamental de toda la construcción alexyana [34]. Si éste titubea, titubea todo.

5.2. Argumento alexyano

Llamo a este argumento «alexyano» porque, en fuerza de una inopinada heterogénesis de los fines, es el mismo ALEXY que lo sugiere *contra se ipsum*.

Uno de los argumentos empleados por BULYGIN para criticar la tesis de la pretensión necesaria de corrección duda que los enunciados utilizados por ALEXY como ejemplos de normas constitucionales evidentemente absurdas —los (1) y (2) de arriba— sean en efecto *normas* y no, más acertadamente, declaraciones políticas [35].

En su réplica, ALEXY sostiene que la crítica de BULYGIN está equivocada porque, a menudo, enunciados constitucionales de la misma forma son interpretados y utilizados por jueces, juristas y legisladores como formulaciones de principios constitucionales imperativos. Por ejemplo, en Alemania no hay duda de que, con el art. 20, párrafo 1, de la Constitución *(GG),*

> «La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social»

se establecen

> «cuatro principios constitucionales: el de la república, el de la democracia, el del Estado social y el del Estado federal [...] Los principios constitucionales se pueden dirigir a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Al Legislativo le pueden prohibir aprobar determinadas leyes. Es así como el principio de la república prohíbe la introducción de una monarquía, el principio del Estado social la derogación de cada ayuda social» [36].

Volvemos ahora al primer ejemplo de disposición constitucional que ALEXY presenta como evidentemente absurda:

(1) X es una república soberana, federal e injusta.

ALEXY nos dice que se trata, en hipótesis, de una disposición adoptada por una minoría que disfruta y oprime a la mayoría, quiere continuar a disfrutarla y oprimirla, pero «también quiere ser honesta» [37].

Ahora bien, aplicando el mismo enfoque interpretativo empleado por ALEXY al respecto del art. 20 *GG*, cabe concluir que una tal disposición expresa tres principios: el principio republicano, el principio federalista y el principio de injusticia. El primer principio prohíbe la introducción de una monarquía; el segundo principio prohíbe la instauración de un Estado centralizado; el tercer principio prohíbe la emanación de leyes y otras medidas que tengan el efecto de aliviar la opresión y disminuir la explotación padecidas por la mayoría.

---

[34] «Si la tesis de la pretensión de corrección es verdadera, el antipositivismo cuenta con un punto arquimediano, que aumenta considerablemente el poder de los argumentos normativos a favor del antipositivismo, y en contra del positivismo» (R. ALEXY, *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin,* cit., 96).

[35] E. BULYGIN, *Alexy y el argumento de la corrección,* cit., 48.

[36] R. ALEXY, *La crítica de Bulygin al argumento de la corrección,* cit., 76.

[37] R. ALEXY, *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin,* cit., 98.

Por supuesto, podemos considerar el principio de injusticia como gravemente immoral y su formulación como un acto no ya de honestidad, sino de arrogancia. Sin embargo, no cabe necesariamente ver en ello algo evidentemente absurdo —y, en su contexto, no lo es para nada [38]—.

No hay en efecto nada de absurdo —pero sí de lamentable, escandaloso, intolerable, horroroso, etc.— en la declaración de injusticia de un sistema jurídico, puesto que la injusticia (así como entendida por ALEXY) fue a menudo, y es todavía, un principio jurídico vigente en las constituciones.

El argumento alexyano sugiere por tanto la misma conclusión del argumento parasitario: la absurdidad de que habla ALEXY, lejos de ser de una evidencia incontestable y funcionar así como argumento a favor de la pretensión necesaria de corrección, no existe sino *in the eye of the believer*.

5.3. Argumento del convencionalismo conceptual

El iuspositivismo, en cuanto filosofía empirista, se conecta entre otras cosas al convencionalismo conceptual y rechaza el esencialismo conceptual, adoptado a menudo por los enfoques no-empiristas.

Según el convencionalismo conceptual:

a) Los conceptos son o bien usuales, o bien estipulativos: *tertium non datur*.

b) Los primeros corresponden a los usos lingüísticos observables en una comunidad y son, en relación a ellos, verdaderos o falsos; los segundos son en cambio el fruto de opciones discretas por agentes determinados y no son, por tanto, ni verdaderos ni falsos.

c) No hay autonomía respecto del conceptual, ya sean bien objetivos, intentos, exigencias teóricas o epistémicas, que atañen al conocimiento, bien objetivos, intentos, exigencias prácticas, que atañen a lo que debemos o podemos hacer, o bien objetivos, intentos, exigencias de otros tipos (estéticas, literarias, religiosas, etc.). Cada concepto, en cuanto herramienta intelectual, siempre pertenece a un marco determinado (teórico, práctico, estético, etc.) y logra su justificación —que es una justificación pragmática o instrumental— a la luz de ello.

Según el esencialismo conceptual, en cambio:

a') Hay tres tipos de conceptos: los conceptos usuales, los conceptos naturales, los conceptos estipulativos.

b') Los conceptos naturales son verdaderos a la luz de la verdadera naturaleza de las cosas, de sus propiedades necesarias o esenciales.

---

[38] El argumento alexyano tiene otra consecuencia negativa para su autor, que merece la pena señalar. Dice ALEXY de los participantes: «*When [...] partipants [...] adduce arguments for or against certain contents of the legal system, they refer in the end to how a judge would have to decide if he wanted to decide correctly*» (R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism,* cit., 25). Ahora bien, no hay duda de que, en el Estado X, la corrección sustancial de las decisiones judiciales equivale a injusticia, de forma que la pretensión de corrección jurisdiccional consiste en una pretensión de (mantener la) injusticia al nivel de las sentencias, conforme al principio constitucional de injusticia. Lo que, nuevamente, no da lugar a alguna evidente absurdidad.

c') Hay una autonomía respecto del conceptual, que coincide con el universo de los conceptos naturales en cuanto reflejos de la verdadera naturaleza de las cosas.

Desde el punto de vista empirista, por supuesto, no se puede demostrar la superioridad del empirismo sobre el no-empirismo. Lo que sin embargo sí se puede hacer es mostrar cuál sean las vías alternativas que corresponden a los dos enfoques, de forma que quien se ponga por el uno o el otro camino tenga una clara idea de lo que su opción comporta.

La diferencia capital entre las dos vías parece consistir en esto: el empirismo es radical; el no-empirismo es, si se me pasa la expresión, superfetacional. En el empirismo radica nuestro conocimiento y nuestras acciones en la experiencia; el no-empirismo tiene en cambio la inclinación a ir más allá de la realidad empírica, a sobreponer a ella entidades y propiedades ficcionales y superfluas.

Esto es lo que parece pasar precisamente con el esencialismo conceptual. La idea de que hay conceptos que sólo tenemos que descubrir, y que reflejarían la verdadera naturaleza de las cosas, sus propiedades necesarias o esenciales, es una ficción superfetativa.

Ahora bien: la argumentación de ALEXY a favor de la tesis de la pretensión necesaria de corrección, por un lado, y de su concepto de Derecho, por el otro, parece comprometida con un esencialismo conceptual que, como veremos pronto, presenta rasgos sospechosos [39].

5.4. Esencialismo conceptual y pretensión de corrección

El segundo paso del argumento alexyano de la corrección consiste —como dije— en sostener que la absurdidad de ciertas disposiciones constitucionales es *conceptual*: que depende del concepto mismo de emanación de la constitución de un ordenamiento jurídico.

¿Cómo llega ALEXY a tal conclusión? Aparentemente, mediante un argumento de la forma «qué otra cosa» (*Was-denn-sonst-Schluss*), descartando progresivamente otras posibles deficiencias de dichas disposiciones. Descartando, en primer lugar, que se trate *sólo* de una deficiencia *técnica*, es decir de un caso de irracionalidad medios a fines; en segundo lugar, que se trate *sólo* de una deficiencia *moral*, es decir de la violación de pautas de una moral sustancial asumida como criterio de evaluación; en tercer lugar, que se trate *sólo* de una deficiencia *convencional*, es decir de la violación de las reglas aprobadas por un determinado grupo social acerca de la producción de disposiciones constitucionales. Aislando y expulsando progresivamente la dimensión técnica, moral y convencional —sostiene ALEXY— queda todavía la absurdidad, que entonces no puede ser sino *conceptual* [40].

El argumento no convence.

Si aceptamos el convencionalismo conceptual, tenemos que negar la autonomía del conceptual que, en cambio, ALEXY parece asumir. Esto quiere decir que el concep-

[39] R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho,* cit., 87-88, 90.

[40] R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism,* cit., 35-38; *Id., La crítica de Bulygin al argumento de la corrección,* cit., 70-73; *Id., El concepto y la naturaleza del Derecho,* cit., 62-65.

to de emanación de una constitución no puede ser sino un concepto o bien usual, o bien estipulativo, en cada caso con un contenido contingente; en el marco de la moral social y/o de una cualquier moral crítica; relevado por lexicógrafos o elaborado por juristas, iusfilósofos, filósofos morales, filósofos políticos, legisladores, etc., en contextos y discursos determinados y en vista de fines determinados. Por tanto, la pretendida absurdidad conceptual de una disposición como (1) no es algo de independiente ya sea de convenciones lingüísticas, bien de doctrinas morales, construcciones jurídicas, filosofías políticas, etc.; no representa en sí *otra* dimensión respecto de las demás (técnica, moral, convencional, etc.), sino que es una dimensión transversal, al interior de cada una de éstas.

Tenemos buenas razones para aceptar el convencionalismo conceptual.

La absurdidad de (1), afirma ALEXY, surge de la contradicción entre el contenido de dicha disposición y «las presuposiciones *necesarias* de su actuación»; surge, en otras palabras, de la violación «de las reglas que son constitutivas» de tal acto de habla, de las reglas constitutivas necesarias «de las expresiones lingüísticas *qua* acciones» [41].

Sin embargo, la emanación de una constitución, aun en cuanto acto de habla, es un acto institucional en el marco de una sociedad política; como la historia y la experiencia sugieren, los actos institucionales, y sus reglas constitutivas, son creaciones sociales contingentes, de forma que la promulgación de una constitución tiene entre sus condiciones de felicidad performativa la de no contravenir a la pretensión de corrección moral si, y sólo si, contingentemente, sus reglas constitutivas incluyen tal condición.

Es preciso observar que, al prevenir esta forma de objeción, ALEXY afirma que «[l]a regla que es violada es algo más que una mera convención, porque no puede ser mutada tampoco en presencia de mutadas circunstancias y preferencias» [42].

Pero su réplica es débil: por un lado, se limita a afirmar sin más que las reglas de que se trata no son contingentes sino, en algún sentido no esclarecido y misterioso, necesarias; por otro lado, instancia una postura parecida a la de los redactores del art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, según lo cual: «Cada sociedad, en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución». Pero ésta es una postura que, frente a los diferentes usos morales, políticos y jurídicos de «constitución», muestra de una manera tajante el carácter convencional y contingente del concepto.

Tras las apariencias, la argumentación de ALEXY se limita en efecto a *repetir* que los sistemas jurídicos son sistemas que formulan necesariamente una pretensión de corrección «que comprende una pretensión de justicia» y, por tanto, la emanación de una disposición como (1) no viola reglas constitutivas contingentes, sino necesarias. Toda su argumentación consiste, pues, en la repetición de *su* concepto de Derecho. De

---

[41] R. ALEXY, «Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin», 2000, en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre Derecho y moral,* cit., 98-99; *Id., The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism,* cit., 37, cursivo redaccional.

[42] R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism,* cit., 37, donde dice también: *«Rather, it is an essential element in the practice of framing a constitution, a point made clear by the redundancy, in a constitution, of an article like: (2) X is a just state».* Sobre este último argumento, *vid.* arriba, § 5.1.

forma que la tesis alexyana de la pretensión necesaria de corrección parece nuevamente, también desde este punto de vista, una *petitio principii*.

5.5. Esencialismo conceptual y concepto dual de Derecho

Hay en verdad pasos en los cuales ALEXY parece admitir la debilidad del argumento de la corrección y proporcionar otro argumento a favor de tesis de la conexión necesaria y del concepto dual de Derecho.

«Puede argumentarse que esta maquinaria no es suficiente para probar la necesidad de la pretensión de corrección en el Derecho. *El error conceptual y, con él, el absurdo [no] sería inevitable. Sólo se necesita renunciar a la pretensión de corrección.* Es bien cierto que esto implicaría un cambio radical en la práctica actual y en lo que el Derecho significa en el presente, pero un cambio semejante es posible. Para ello sólo tiene que entenderse el Derecho y todas sus ramificaciones como expresiones del poder, de la voluntad y de la decisión. De esta manera, la pretensión de corrección sería reemplazada por algo así como una pretensión de poder.

Esta alternativa esclarece el sentido en el que es necesaria la pretensión de corrección. Renunciar a la pretensión de corrección es abandonar una práctica que se define por las distinciones entre lo correcto y lo incorrecto, lo verdadero y lo falso, lo objetivo y lo subjetivo y lo justo y lo injusto. Incluso la categoría del "deber ser" desaparecería, por cuanto decir que alguien tiene una obligación legal, significa que es correcto que algo debe hacerse. Un "deber ser" que sea más que una expresión de voluntad sólo puede definirse por medio del concepto de corrección [...] En efecto, podría intentar eliminarse, todo junto, la práctica actual constituida por las categorías de la verdad, la corrección, la objetividad y el "deber ser" y sustituirla por una práctica que no estuviera constituida por nada distinto al poder, la emoción, la subjetividad y la voluntad. Sin embargo, *esto sería abandonar el Derecho*. *Una práctica social que no estuviera constituida por nada distinto al poder, la emoción, la subjetividad y la voluntad no sería un sistema jurídico* [...] *El precio de abandonar el Derecho sería alto*. No sólo se perderían las ventajas de la coordinación social y de la cooperación regulada por el Derecho. Tras renunciar a la pretensión de corrección, nuestro actuar y nuestro hablar serían esencialmente diferentes a lo que son ahora. Los cambios no sólo estarían relacionados con el carácter de nuestra comunidad. También se referirían a nosotros mismos. No seríamos las mismas personas. La práctica definida por la corrección y sus conceptos relativos: objetividad, verdad, y "deber ser", por tanto, no es sólo una práctica como otras, así como el *Scrabble* es un juego como otros. La decisión entre esta práctica y sus alternativas es una decisión existencial»[43].

¿Cuál es, pues, el argumento de ALEXY? Aparentemente, que hay un solo, verdadero, concepto de Derecho y que éste corresponde a *su* concepto de Derecho.

Así entendido, el argumento parece una nueva *petitio principii*, que reitera la superfluidad esencialista. Sin embargo, el principio de interpretación caritativa sugiere que, para evaluar la fuerza de la postura de ALEXY desde el punto de vista de una

[43] R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho,* cit., 65-66, cursivos redaccionales.

defensa del constitucionalismo garantista, puede ser útil traducirla en términos convencionalistas: proporcionar una lectura convencionalista de ella para ver si acaso, en tal forma, la *Rechtsanschauung* alexyana sería preferible.

En una lectura convencionalista, ALEXY nos ofrece un concepto estipulativo de Derecho, añadiendo que tendríamos que aceptar tal concepto exclusivo de Derecho, ya sea desde un punto de vista teórico, ya sea desde un punto de vista práctico. Desde un punto de vista teórico, tendríamos que aceptarlo porque refleja la «práctica actual», «lo que el Derecho significa en el presente». Desde un punto de vista práctico, tendríamos que aceptarlo porque su rechazo tiene consecuencias existenciales ruinosas: el precio de renunciar a la verdad, objetividad, corrección, justicia, coordinación y cooperación según reglas racionales en nuestra vida social; el precio de vivir y actuar en una «práctica que no estuviera constituida por nada distinto al poder, la emoción, la subjetividad y la voluntad», en un «sistema de fuerza bruta, manipulación y respuesta emocional».

Sin el velo de misterio y sugestión del esencialismo, la posición de ALEXY parece aún más débil que antes.

Por un lado, la justificación teórica del concepto alexyano es débil. Como el mismo ALEXY hace claro, su concepto es, en punto de teoría, un concepto *local*, que se refiere a *nuestra* práctica jurídica, a «lo que el Derecho significa en el presente» para *nosotros* o, mejor dicho, para *quienes*, en las culturas y sistemas jurídicos contemporáneos, compartan los valores de corrección moral, objetividad, etc., de ALEXY. No se trata pues, teóricamente, del concepto de Derecho, sino del concepto de «nuestro» Derecho con todas las advertencias del caso.

Por otro lado, la justificación práctica del concepto alexyano es también débil. Primero: en favor de su concepto de Derecho, ALEXY desarrolla un argumento que, más bien que «existencial», es un *argument from fear*. Lo que, para un defensor de la racionalidad práctica, es sorprendente y paradójico. Segundo: una vez disuelto el encantamiento de las palabras, parece claro que la elección de un *concepto*, aun si se trata de un concepto importante como el concepto de Derecho, no puede tener en sí misma tales consecuencias. Sólo el esencialismo conceptual, con su característica sobreevaluación de los pretendidos conceptos verdaderos, puede explicar tal exageración. Tercero: se puede «renunciar» a incluir en el concepto de Derecho la propiedad clasificatoria de la pretensión necesaria u objetiva de corrección y, al mismo tiempo, ser conscientes de las conexiones contingentes entre Derecho y moral y además abogar, sobre el plano de la filosofía iuspolítica y de la política del Derecho, la instauración de sistemas jurídicos que protejan los mismos valores a los cuales apunta el concepto alexyano. Lo que constituye, precisamente, un rasgo central del constitucionalismo iuspositivista y garantista de FERRAJOLI.

6. EN FORMA DE CONCLUSIÓN

En la defensa de la modernidad del constitucionalismo garantista frente al variado ejército de los contra-modernistas no hay, por supuesto, sino conclusiones modestas, parciales y tentativas.

Las conclusiones a las que llegué en mi peroración adhesiva son dos.

Primero. La acusación de no-objetivismo ético tiene que ser rechazada. El constitucionalismo garantista es en efecto, aun si paradójicamente, una postura objetivista; pero lo es en forma débil, la sola admitida por la ética de la modernidad, que consiste en sostener que hay un espacio para la razón en la ética, que es el espacio de la razón formal y de la razón instrumental. Por esta vía, podríamos también hablar de un cognoscitivismo moral (muy) débil, que no es por supuesto el cognoscitivismo de la tradición iusnaturalista, resumido por la idea del descubrimiento llano y liso de lo que debemos o podemos hacer moralmente, sino es, más modestamente, análisis y aclaración de conceptos y premisas estipulativas en juego, desarrollo y control de consecuencias, cálculo de los efectos de acciones y cursos de acciones, hipótesis sobre relaciones causales.

Segundo. La llamada tesis de la separación entre Derecho y moral —con la cual se suele identificar, y a menudo criticar, el positivismo jurídico— en el constitucionalismo garantista es un conjunto donde hay tesis empíricas, tesis epistemológicas, principios jurídicos y principios ético-políticos. Frente a una tal filosofía de la separación, articulada, sofisticada y radical, la llamada tesis de la conexión necesaria, con su espíritu no-empirista superfetal y su aparato de seudo-argumentos, se muestra en todo su arcaísmo. Que permanece tal aun si está de moda y goza del favor de pensadores reputados.

NEOCONSTITUCIONALISMO: DOS (O TRES) PERROS PARA UN SOLO COLLAR

NOTAS A PROPÓSITO DEL CONSTITUCIONALISMO JUSPOSITIVISTA DE LUIGI FERRAJOLI *

Alfonso García Figueroa

Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN. El objeto de este trabajo consiste en criticar la compatibilidad asumida como posible por Luigi Ferrajoli entre el positivismo jurídico y el llamado «neoconstitucionalismo», lo cual vale para cualquier significado coherente posible de esta ambigua corriente jurídica. Los argumentos principales son los siguientes: 1) El neoconstitucionalismo no es compatible con el esencialismo que no sólo positivistas, sino también jusnaturalistas asumen implícitamente al definir Derecho. 2) El neoconstitucionalismo tampoco es compatible con el formalismo de Ferrajoli. 3) El neoconstitucionalismo no es compatible con la tesis de la separación. 4) El neoconstitucionalismo no es compatible con la metaética que subyace a la filosofía jurídica de Ferrajoli.

Palabras clave: Ferrajoli, Derecho, moral, neoconstitucionalismo, positivismo jurídico.

ABSTRACT. The aim of this essay is to critize the compatibility assumed as possible by Luigi Ferrajoli between legal positivism and the so-called «neoconstitutionalism»; this applies to every possible coherent meaning of this ambiguous legal trend. The main arguments are the following: 1) Neoconstitutionalism is not compatible with the essentialism that not only positivistic but also natural law authors implicitly assume when defining Law. 2) Neoconstitutionalism is not compatible with Ferrajoli's legal formalism either. 3) Neoconstitutionalism is not compatible with the separation thesis. 4) Neoconstitutionalism is not compatible with the metaethics that underlies Ferrajoli's legal philosophy.

Keywords: Ferrajoli, law, morality, neoconstitutionalism, legal positivism.

---

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

L. Ferrajoli, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», trad. Nicolás Guzmán, en este volumen. En lo sucesivo me referiré a esta obra con la abreviatura CPCG seguida del número de página.

1. «NEOCONSTITUCIONALISMO»: UN *MEME* JURÍDICO A LA ESPERA DE SU BELLAGIO

A nadie debe asombrar que el fulgurante éxito del término «neoconstitucionalismo» suma al jusfilósofo experto en la desconfianza o el escepticismo sobre su presunta originalidad. Y quizá nada más tentador para preservar esa actitud distante frente a otra moda teórica más, que confinarla en su *contexto de descubrimiento* y ver así en el término poco más que un *meme* afortunado. Desde este punto de vista, el «neoconstitucionalismo» no sería más que una etiqueta biensonante para aglutinar una serie de eslóganes o, más propiamente, una mera unidad de información que pugna por su supervivencia en la cultura de manera análoga a cómo los genes luchan por la suya en los seres vivos y siempre bajo principios darwinistas [1].

A diferencia de lo que suele suceder, el soporte del *meme* «neoconstitucionalismo» no ha sido sólo la comunidad sensiblemente endogámica y caprichosa de los filósofos del Derecho, sino también un buen número de cultivadores de la dogmática constitucional, penal o tributaria que se han sentido atraídos por el neoconstitucionalismo particularmente en Latinoamérica y que han mostrado alguna esperanza en lo que el vocablo pueda referir, probablemente porque «neoconstitucionalismo» es una de esas palabras con las que aún esperamos se pueda *hacer cosas* [2].

Sin embargo, el éxito real de este *meme* jurídico resulta más bien aparente cuando se repara en tres detalles significativos. Primero: creo que somos pocos quienes nos declaramos «neoconstitucionalistas» abiertamente. La mayor parte de los autores (los simpatizantes *inclusive*) todavía guardan una cautelosa distancia frente a esta etiqueta. Segundo: Tampoco se han declarado neoconstitucionalistas quienes suministran las tesis seminales del neoconstitucionalismo. Me refiero a aquellos «filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho» [3] que fueron Robert ALEXY, Ronald DWORKIN, Carlos Santiago NINO o Gustavo ZAGREBELSKY, entre otros que nos brindaron en su día el argumentario fundamental sobre el que se ha asentado este movimiento permanentemente *in fieri*. Tercero: Por si fuera poco, el término sí es empleado con profusión por los críticos del neoconstitucionalismo, que han hallado en este neologismo una etiqueta para simplificar y concentrar sus ataques sobre una posición difusa, pero considerada por ellos

---

[1] La *memética* como una expansión cultural de la genética fue propuesta por el célebre biólogo R. DAWKINS en su conocido trabajo *El gen egoísta,* trad. J. ROBLES SUÁREZ y J. TOLA ALONSO, Barcelona, Salvat, 2002, 8.ª ed., 251. Hoy en día ha aplicado al campo de la ideología los conceptos de la memética J. BALKIN en su obra *Cultural Software: A Theory of Ideology*, New Haven, Yale University Press, 1998.

[2] En el sentido austiniano del sintagma «hacer cosas», *ça va sans dire.* En la mala administración de la fuerza performativa de la teoría han basado muchos su crítica al neoconstitucionalismo. FERRAJOLI consigna en este sentido la denuncia de lo que Lenio Luiz STRECK ha llamado la «degeneración panprincipialista» que ha tenido lugar en Brasil a través de la creación jurisprudencial desenfrenada de principios (CPCG, 43, nota 73). No me es posible extenderme ahora sobre la cuestión, pero esta crítica me parece injusta. Una teoría no puede ser evaluada por el mal uso que de ella se haga.

[3] Esta feliz descripción *avant la lettre* de los teóricos del neoconstitucionalismo se debe a L. PRIETO, «La doctrina del Derecho natural», en J. BETEGÓN *et al., Lecciones de teoría del Derecho,* Madrid, McGraw-Hill, 1997, 31-66, aquí 65.

muy endeble. Así pues, el empleo del término «neoconstitucionalismo» ha gozado de fortuna, sí, pero sobre todo entre los adversarios del movimiento que designa, sea cual fuere su significado [4].

Esta última circunstancia es especialmente relevante. Dada la persistente imprecisión de lo que el neoconstitucionalismo representa, todo hacía temer que el único rasgo verdaderamente común a todos los autores neoconstitucionalistas citados algo más arriba bien pudiera reducirse a la aversión que han provocado habitualmente en las filas positivistas, ya sea por la relativización de la distinción entre Derecho y moral, ya por la insistencia ocasional en la necesidad de renunciar a teorías generales del Derecho, ya por su defensa de la unidad del discurso práctico general, ya por el énfasis sobre la dimensión argumentativa e interpretativa del Derecho, ya por la concepción de la aplicación del Derecho como una tarea escasamente silogística y siempre expuesta a la ponderación judicial, ya, en fin, por la combinación de alguna de estas ideas. Sin embargo, las cosas no han sido tan sencillas dados los diversos planos sobre los que incide el ideario neoconstitucionalista. No sin diferencias sustanciales entre sí, autores rotundamente positivistas como el propio Luigi FERRAJOLI en Italia o Luis PRIETO en España han abogado por un constitucionalismo o neoconstitucionalismo de corte positivista y aquí surgen algunos problemas de orden terminológico, pero también conceptual. Si pretende dejar de ser simplemente un *meme* afortunado y convertirse en una teoría compacta, entonces la cuestión central que aún debe resolver el neconstitucionalismo seguramente sea el de su presunta compatibilidad con el positivismo jurídico. Tanto Luigi FERRAJOLI como Luis PRIETO creen que esa compatibilidad es posible. A mi juicio, tal compatibilidad es ilusoria [5].

Todas estas consideraciones corroboran la oportunidad de la «revisión terminológica» con que Luigi FERRAJOLI comienza su trabajo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (CPCG, 16 y ss.). Más explícitamente, creo que existen al menos dos razones a favor de esta revisión terminológica. La primera es muy general y cualquiera puede compartirla. La realidad es que la suerte del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma jurídico todavía está por ver [6] y seguramente ello sea así porque

---

[4] Pueden verse algunas consideraciones relevantes a este respecto en un iluminador trabajo de L. PRIETO, «Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), en prensa.

[5] He tratado de indicar por qué en dos trabajos sucesivos: «Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (comps.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005, 267-284, y «El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli», en G. MARCILLA (ed.), *Constitucionalismo y garantismo,* Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2009, 99-133.

[6] En el área italoiberoamericana el impacto está siendo sostenido. Particularmente ilustrativo es el interés, cuando no la adhesión, que ha concitado el neoconstitucionalismo en Brasil. *Vid. e. g.:* R. QUARESMA *et al.* (coords.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 2009, y C. PEREIRA DE SOUZA NETO y D. SARMENTO (coords.), *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. En tono abiertamente crítico, Lenio Luiz STRECK se refiere al fenómeno del «panprincipiologismo em *Terrae Brasilis*» (citado por FERRAJOLI en CPCG, nota 9). Entre los diversos autores que han promovido el neoconstitucionalismo en ese país destaca con luz propia uno de sus más entusiastas defensores: Antônio CAVALCANTI MAIA (*e. g.* «Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico e a Nova Filosofia Constitucional», en R. QUARESMA, *op. cit*., 3-27), cuya formación filosófica habermasiana ha hallado en este movimiento un soporte jusfilosófico idóneo. *Vid.*, asimismo, L. BARROSO, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*, México, UNAM, 2008; E. O. R. DUARTE y S. POZZOLO, *Neoconstitucionalismo e*

todavía no se ha conseguido fijar claramente lo que mantiene. Este *impasse* se debe a un inestable equilibrio: Contra la estimación del neoconstitucionalismo como un ideario sólido habla el hecho de que el conjunto de tesis que los críticos le imputan y que los defensores nos arrogamos sigue siendo heterogéneo y aun contradictorio. A favor de la estimación del ideario neoconstitucionalista habla por su parte el hecho de que los simpatizantes del neoconstitucionalismo y los teóricos tomados como sus representantes parecen compartir ciertas intuiciones razonables muy acordes con los tiempos que vive nuestra cultura jurídica y también que sus actitudes presentan algo más que un cierto aire de familia. Creo, en fin, que en el balance final ello justifica persistir en el intento de conseguir un canon [7] que sirva para encauzar la discusión jusfilosófica actual.

La segunda razón de la oportunidad de la revisión terminológica que nos propone FERRAJOLI ya es más discutible y compleja. Con esa propuesta de revisión el maestro florentino no sólo contribuye a clarificar el sentido del neoconstitucionalismo, sino que también pretende denunciar lo que considera una sesgada reconstrucción del concepto de neoconstitucionalismo en contra del positivismo jurídico. Así, en la nota 4 de CPCG, FERRAJOLI denuncia una «doble operación terminológica» (en esa medida, «doblemente discutible» a su juicio), cuyo resultado final consiste en incompatibilizar al positivismo jurídico con cualquier forma de constitucionalismo o de neoconstitucionalismo:

> La primera operación es la identificación del «constitucionalismo moderno» con una «ideología orientada a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales» que «tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo» (P. COMANDUCCI, *Forme di neo-costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, 78): en suma, con el constitucionalismo político [...]. En este sentido, sin embargo, el constitucionalismo no es ni un modelo de Derecho ni un enfoque teórico distinto del positivismo jurídico [...] La segunda operación consiste en designar con «neoconstitucionalismo» todas —y únicamente— las concepciones de la constitución y del constitucionalismo que se expresan en las formas del neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, según la distinción propuesta por BOBBIO para el positivismo jurídico, y abarcadas, aun cuando empíricamente referidas a las actuales constituciones rígidas, por la tesis de la «conexión necesaria entre Derecho y moral» (*ibid.,* 78-94). Identificado así el «constitucionalismo» con la ideología política liberal y el «neoconstitucionalismo» con la tesis anti-iuspositivista de la conexión entre Derecho y moral —en el plano teórico «concurrente con la positivista» o a ella «alternativa» (*ibid.,* 79)— el constitucionalismo iuspositivista no tiene espacio en esta clasificación, claramente mucho menos descriptiva por ser el fruto de la superposición del viejo enfrentamiento entre (neo)iusnaturalistas y (paleo)iuspositivistas a la reflexión sobre el constitucionalismo (CPCG, 18 y ss.).

Por tanto, FERRAJOLI lamenta que la ambigüedad de «neoconstitucionalismo» no haya permitido modular el perfil inequívocamente antipositivista que de la teoría del Derecho neoconstitucionalista se ha configurado el imaginario jurídico actual. Sin duda, esta conclusión merece algunas observaciones.

Para comenzar, hasta aquí la ambigüedad del neoconstitucionalismo ha sido contemplada como un grave inconveniente. Sin embargo, para ser justos también debe-

---

positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição, Sao Paulo, Landy, 2006; E. R. MOREIRA, *Neoconstitucionalismo. A Invasao da Constituiçao*, Sao Paulo, Método, 2008.

[7] M. CARBONELL y L. GARCÍA JARAMILLO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad del Externado, 2010.

mos reivindicar su aspecto positivo, puesto que quizá la controvertibilidad sea uno de los mayores rasgos de vitalidad de una teoría y en esa medida, creo que la ambigüedad de «neoconstitucionalismo» es una consecuencia del carácter controvertido y vivo de la teoría en formación que designa. Merece la pena subrayar ahora que ni siquiera el positivismo jurídico, con su fuerte sustrato analítico, se ha librado históricamente de las ambigüedades. Pensemos en todo el tiempo que hubo de transcurrir para que el propio positivismo jurídico tomara consciencia de sí y reparara en la nítida distinción de sus propias vertientes descriptiva y prescriptiva. Es habitual volver la mirada al conocido encuentro celebrado en Bellagio (y a los trabajos de BOBBIO y SCARPELLI que emanaron de aquella reunión de positivistas) para fijar temporalmente ese momento en que se demarcaron los confines del positivismo metodológico, teórico e ideológico. La fe positivista había descubierto que el positivismo no era uno, sino trino; y este dogma positivista reconfortó de manera duradera a su grey, al parecer confusa hasta entonces. Hoy se ha escrito sobre «neoconstitucionalismo(s)» [8] de manera análoga a como tradicionalmente bien cabría haber hablado de «positivismo(s)».

Sin embargo, tratar de establecer analogías entre el positivismo y el neoconstitucionalismo para situarlos en un mismo plano teórico donde compartir criterios de clasificación constituye una estrategia de análisis que suele ser desafortunada por más tentadora que resulte. Así, no tanto guiados por la caridad, cuanto por la confianza en que aquel remedio quizá pudiera ser el elixir capaz de curar los males de todas las doctrinas, algunos autores positivistas han creído oportuno trasladar al neoconstitucionalismo esta tricotomía feliz con la que habían salvado al juspositivismo de la confusión, distinguiendo tres manifestaciones de neoconstitucionalismo: metodológico, teórico e ideológico. Sin embargo, no siempre el remedio que sienta bien a un enfermo sirve para curar a otro. Esta distinción me parece, en efecto (si bien por razones muy diversas de las que invoca FERRAJOLI), una extensión desafortunada de la tripartición que BOBBIO aplicó al positivismo. La tripartición bobbiana era coherente [9] con los presupuestos del positivismo a cuya organización interna debía contribuir. Muy al contrario, el neoconstitucionalismo tiende a cuestionar precisamente la procedencia de estos enfoques divisionistas y hay un sentido en que hablar de neoconstitucionalismo metodológico, teórico e ideológico es como distinguir naranjas de las variedades Golden, Starking y Reineta del Bierzo [10], si puedo decirlo así.

Hay que admitir que cabe establecer una analogía entre la evolución de positivismo y neoconstitucionalismo para reconocer que tanto uno como otro han presentado una dimensión descriptiva y otra prescriptiva (ideológica) en algunos tramos de su desarrollo. Como los neoconstitucionalistas actuales, los propios positivistas se habían estado preguntando mucho tiempo qué cosa fuera el positivismo jurídico y, en efecto, en el célebre episodio (que es tentador calificarlo *à la Jaspers* como «axial») de su encuentro en Bellagio llegaban a la conclusión de que los positivistas lo habían sido de modos diversos e incompatibles entre sí. Incluso en el siglo XX el positivismo transita de una

---

[8] Quizá no haya modo más preciso de indicar el pluralismo de este movimiento que recordar la indudable procedencia de la «s» entre paréntesis que con buen criterio Miguel CARBONELL incorpora a su recopilación titulada *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003.

[9] Aunque FERRAJOLI halla serios inconvenientes en ella en CPCG, nota 2 *in fine*.

[10] Que son variedades de manzanas, para el que no lo sepa.

a otra manifestación de sí mismo. Aparentemente el positivismo kelseniano y hartiano es un positivismo fuertemente descriptivo (*i.e.* metodológico y en el caso de KELSEN teórico) que progresivamente da paso en los últimos tiempos a un positivismo de corte normativo o ético (ideológico), aunque desde una perspectiva histórica más amplia, hay quien prefiera interpretar que lo que el positivismo jurídico vive ahora es algo así como un *revival* hobbesiano, un retorno a sus genuinos y ancestrales orígenes [11]. En cualquier caso, el positivismo en el siglo XX comenzó siendo sobre todo una teoría descriptiva, para ir reforzando su aspecto prescriptivo de la mano del positivismo normativo o ético en los últimos tiempos. Inversamente, el constitucionalismo comenzó siendo una teoría prescriptiva, una ideología sobre la que basar jurídico-políticamente la garantía de derechos, para convertirse posterior y paulatinamente en una teoría del Derecho a la que ya es habitual referirse más precisamente con el término «neoconstitucionalismo».

En cambio, la aplicación de la tricotomía bobbiana al neoconstitucionalismo es muy desacertada en otros aspectos. En particular, decir que existe un neoconstitucionalismo metodológico que niega la tesis de la separación de Derecho y moral es (si bien ello no es en absoluto imputable a FERRAJOLI) una forma inadecuada y sesgada de plantear lo que el neoconstitucionalismo sostiene (o creo que coherentemente ha de sostener) pues, a mi juicio, el neoconstitucionalismo cuestiona implícitamente que tenga sentido persistir en promover la investigación de la definición del Derecho como una búsqueda esencialista de rasgos universalmente presentes en todos los sistemas normativos designados habitualmente con el nombre de «Derecho». Creo, en otras palabras, que el neoconstitucionalismo está implícitamente comprometido (aunque no todos los autores lo reconozcan así ni sean conscientes de ello) con un rechazo de las definiciones esencialistas del Derecho y presupone a cambio una epistemología pragmatista que se conforma con examinar un conjunto de sistemas normativos que nos interesan (los sistemas normativos de los Estados constitucionales) al objeto de formular una reconstrucción útil que renuncia a las grandes empresas definicionales clásicas con las que tanto positivistas como jusnaturalistas [12] están comprometidos.

En otras palabras, tanto el positivista como el jusnaturalista están unidos por la búsqueda de un concepto universal de Derecho. Tanto el positivista como el jusnaturalista sitúa algo tan profundamente humano como nuestros ordenamientos jurídicos en lo que CASSIRER [13] denominó la «región de las verdades eternas», que es donde conviven Dios, la lógica y las esencias. Desde este punto de vista, cuando los positivistas insisten en esclarecer la naturaleza del Derecho no hacen algo muy distinto de lo que hacían los jusnaturalistas tratando de desvelarnos qué fuera el Derecho natural. De hecho, el

---

[11] *Vid.* P. RIVAS PALÁ, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo,* Cizur Menor, Civitas, 2007.

[12] Incluso un antipositivista moderno como Robert ALEXY ha defendido posturas crecientemente esencialistas (y, por tanto, insuficientemente neoconstitucionalistas) como la que sostiene en su trabajo «Menschenrechte ohne Metaphysik?», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie,* 52 (2004), 15-24. Existe trad. de E. R. SODERO, «¿Derechos humanos sin Metafísica?», en *Ideas. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía de Derecho*, núm. 6 (2008). Formulo una crítica a esta obra en mi trabajo «¿Esencias jusfundamentales?» Notas a propósito del artículo «¿Derechos humanos sin metafísica? de R. Alexy», *ibid*.

[13] E. CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración,* trad. E. ÍMAZ, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1972, 28.

tránsito del estudio del Derecho natural al de la naturaleza del Derecho por parte de los positivistas y formalistas no es tan abrupto como parece y a menudo lo llevaron a cabo los mismos autores de una y otra escuela. Por todo ello, el neoconstitucionalismo debe renunciar más o menos implícitamente (quizá ALEXY sea una excepción en este aspecto) a la búsqueda de un concepto universal de Derecho y, en esa medida, hablar de un neoconstitucionalismo metodológico como contrapuesto a un positivismo metodológico constituye una inexactitud seguramente tan sesgada como la que FERRAJOLI contempla en la doble maniobra terminológica de la que parece víctima el positivismo jurídico y que él denuncia.

Por la misma razón, me parece que contraponer un «constitucionalismo positivista» a otro «constitucionalismo iusnaturalista» como hace FERRAJOLI no es un buen camino. La razón fundamental no es puramente terminológica. Como acabo de indicar, en cuanto teorías del Derecho, positivismo y jusnaturalismo no difieren entre sí en aspectos metodológicamente relevantes y ello convierte en superficial su contraposición. Si FERRAJOLI fuera consecuente con el uso que del término «paradigma» él mismo hace en CPCG (50) y en otros escritos para referirse al constitucionalismo [14], entonces debería reconocer que la propia idea de paradigma presupone una ruptura profunda con los modelos precedentes (positivistas y jusnaturalistas), lo cual desautoriza la distinción que FERRAJOLI formula entre constitucionalismos positivistas y jusnaturalistas como tipos conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes del conjunto de teorías del Derecho constitucionalistas.

FERRAJOLI comparte así con autores como Luis PRIETO la reivindicación de que sea posible y deseable a pesar de todo establecer una teoría del Derecho constitucionalista (atenta a las particularidades del Derecho en el Estado constitucional), que al mismo tiempo mantenga intacto el núcleo del legado positivista: la tesis de la separación conceptual de Derecho y moral. Esto no obstante, la maniobra terminológica que denuncia FERRAJOLI no es sino el reflejo de una cuestión conceptual: la intrínseca incompatibilidad del neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico. Esta incompatibilidad no es teórica, sino metateórica. No radica en que difieran esencialmente sobre la solución al problema de las relaciones entre Derecho y moral. Como en muchos otros casos a lo largo de la historia de las ideas, la discrepancia se cifra más precisamente en el *estatus* del problema y no en la respuesta a él. Para el positivismo (y el jusnaturalismo) el de las relaciones conceptuales entre Derecho y moral es un problema que debe ser *resuelto*. Para el neoconstitucionalismo se trata de un pseudoproblema que debe ser *disuelto*.

2. DERECHO Y MORAL. REGLAS Y PRINCIPIOS. LAS VARIEDADES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Con el título de su trabajo, «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», FERRAJOLI anuncia ya las dos posibles vías de desarrollo del neoconstitucionalismo. Estas dos vías, la antipositivista y la positivista, son incompatibles entre sí,

[14] Sólo a título de ejemplo: L. FERRAJOLI, «Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías», en L. FERRAJOLI *et al., La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 71-115.

de manera que todo permitía en principio prever que la etiqueta «neoconstitucionalismo» habría finalmente de asociarse a una y sólo una de esas alternativas o bien, como acabo de sugerir y en la medida en que se trate de un alternativo paradigma en sentido genuino, a alguna tercera que escape a la dialéctica tradicional entre las dos grandes teorías del Derecho clásicas.

El planteamiento de FERRAJOLI nos muestra que tenemos, por decirlo así, por lo menos dos perros para un mismo collar y la realidad es que no podemos posponer más nuestro paseo con uno de ellos (aunque a mi juicio deberíamos dejar los dos en casa y buscar un tercero). Como nos recuerda FERRAJOLI, los específicos rasgos que caracterizan a los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales han inspirado en los teóricos del Derecho o bien un constitucionalismo de corte argumentativo y antipositivista (el constitucionalismo principialista de ALEXY, DWORKIN y NINO) o bien un constitucionalismo de corte subsuntivo y positivista (el constitucionalismo garantista). Este segundo modelo es el que, con sus matices, defiende FERRAJOLI. En su opinión, los derechos fundamentales tienen una configuración de regla (no de principio), su aplicación es reconducible a un caso de subsunción (no de ponderación) y todo ello se enmarca en una teoría del Derecho positivista clásica, en el bien entendido de que el positivismo de FERRAJOLI no es el «paleopositivismo» ajeno a la formulación de juicios de valor a la hora de la determinación de la validez de las normas jurídicas.

La marca de la casa del constitucionalismo garantista de FERRAJOLI consiste precisamente en el reconocimiento de juicios de valor *internos* (*i.e.* constitucionales) a la hora de formular juicios sobre la validez de las normas sin tener por ello que abandonar el positivismo jurídico, tradicionalmente reacio a admitir juicios valorativos en el Derecho. Por esta razón, en sus trabajos FERRAJOLI se refiere habitualmente a su propia teoría del Derecho como una manifestación de «positivismo crítico». Es *positivista* porque la identificación del Derecho es independiente de la moral. Es *crítico* porque la identificación del Derecho no es meramente formal, sino *valorativa* en el sentido de que esa labor de identificación de las normas válidas incorpora un juicio de coherencia valorativa de las normas infraconstitucionales con las normas constitucionales.

Así pues, los juicios de valor, convenientemente encapsulados en la Constitución, no suponen riesgo alguno para la viabilidad del juspositivismo según FERRAJOLI y éste es, a mi juicio, uno de los aspectos más discutibles de su planteamiento, precisamente porque la razón práctica no puede encapsularse ni siquiera en la Constitución («fragmentarse» sería el verbo que usaría NINO). Sin embargo, las variables implícitas en este escenario son múltiples y conviene recordarlas. El propio FERRAJOLI defiende un constitucionalismo juspositivista que él contrapone a un constitucionalismo jusnaturalista, pero también sostiene un constitucionalismo normativo o garantista que se opone a un constitucionalismo argumentativo o principialista. Afinando aún algo más, las tres variables en juego son finalmente las siguientes: la configuración deóntica de las normas sobre derechos fundamentales (reglas o principios), la configuración lógica de la aplicación de las normas sobre derechos fundamentales (subsunción o ponderación) y la configuración teórica de las relaciones entre Derecho y moral (positivismo o no positivismo). Sin embargo, la realidad es que entre la mayor parte de los autores la distinción reglas/principios resulta inseparable de la distinción subsunción/ponderación, puesto que es habitual definir las reglas como las normas objeto de subsunción

por oposición a los principios como normas objeto de ponderación. Esto permitiría simplificar las cosas en torno a los siguientes cuatro modelos, aunque sólo sea con el fin de ordenar la discusión:

	Teoría del Derecho	*Configuración normas jusfundamentales*	*Configuración aplicación normas jusfundamentales*
M1	Positivista	Reglas	Subsunción
M2	Positivista	Principios	Ponderación
M3	No positivista	Reglas	Subsunción
M4	No positivista	Principios	Ponderación

Con todas las cautelas que impone el hecho de que «positivismo», «regla», «principio» o «ponderación» sean nociones muy controvertidas y que cada autor esté manejando un concepto distinto cuando emplea esas palabras, cabría decir que el «constitucionalismo juspositivista y garantista» de FERRAJOLI se inclina por el modelo M1 oponiéndose a autores como ALEXY o DWORKIN, que cabría identificar con el modelo M4 al que se refiere FERRAJOLI como «constitucionalismo jusnaturalista y principialista». Entre ambos modelos puros (por así decir), hallamos posiciones intermedias. Así, las tesis de Luis PRIETO responden al modelo M2, pues no debemos olvidar que la posición de PRIETO no es plenamente coincidente con la de FERRAJOLI. En sus múltiples escritos [15] PRIETO se nos revela como un constitucionalista que defiende un positivismo severo, pero al mismo tiempo principialista, por cuanto no renuncia a la concepción de los derechos fundamentales como principios ni a la ponderación como método de su aplicación. La otra posición intermedia, M3, también ha sido defendida. Por ejemplo, en nuestro país cabría destacar los planteamientos de Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES [16], un no-positivista que cree que los derechos fundamentales funcionan como reglas.

A mi modo de ver, la posición de FERRAJOLI, reflejada en el modelo M1 resulta altamente inestable porque es incompatible con el ideario constitucionalista no sólo por la ya referida dimensión antiesencialista implícita en la teoría del Derecho del neoconstitucionalismo, sino también porque éste es antiformalista y FERRAJOLI defiende tesis fuertemente legalistas y formalistas. Sin duda lo hace con un espíritu garantista, pero ello parece alejarlo de elementos esenciales del constitucionalismo. En este aspecto las declaraciones de rebeldía que formula FERRAJOLI contra el paleopositivismo devienen puramente retóricas.

En cuanto al modelo M2, que cabría identificar en los trabajos de Luis PRIETO en nuestro país, presenta la ventaja de mostrar una visión de las normas constitucionales (principios) y de la interpretación constitucional (ponderación) más acorde con la realidad del Derecho actual y con el ideario constitucionalista, pero ello tiene lugar a cambio de incurrir en la contradicción de defender un concepto de positivismo

[15] *E. g.* L. PRIETO, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, y L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003,

[16] J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.

jurídico que resulta, por las razones arriba apuntadas, incompatible con esa visión principialista del Derecho [17]. Finalmente, la posición M3 parece por su parte exhibir al menos en España un sesgo particularmente ideológico, sobre el que no es preciso detenerse ahora.

Por todo ello, a continuación desearía formular un punto de vista radicalmente distinto del que defiende el maestro italiano. Mi discrepancia no es sólo teórica, sino también y sobre todo metateórica. Creo que lo más cuestionable de la concepción constitucionalista de FERRAJOLI no radica en las tesis que sostiene (que también me parecen cuestionables), sino en los presupuestos sobre las que se erigen. Desde este punto de vista, nunca está de más, antes de adoptar una posición (incluso en una discusión milenaria como ésta), poner en cuarentena las distinciones sobre las que se basan. El no-positivismo principialista de Robert ALEXY y Ronald DWORKIN al que se opone frontalmente FERRAJOLI supone una toma de posición contra el positivismo (pero en justicia no necesariamente a favor del jusnaturalismo) y una toma de posición principialista frente al legalismo (al Derecho de reglas). ¿Pero es realmente una buena idea mantener la disputa en torno al nuevo paradigma jurídico sobre la base de dicotomías ora trasnochadas (como positivismo y jusnaturalismo) ora desenfocadas (como reglas y principios)? Creo que no y desearía justificarlo a continuación con un caso muy sencillo y real. En lo sucesivo me referiré a él como «el caso Noara». Como vamos a ver a continuación, el caso Noara nos muestra cómo lo que los juristas denominan «reglas» constituye en realidad un modo desenfocado de referirse a normas tan derrotables como los llamados «principios» y también demuestra que sólo una visión no positivista del Derecho que inscriba el razonamiento legal en el razonamiento práctico general permite dar cuenta de ciertos casos difíciles, porque sólo la razón práctica puede administrar satisfactoriamente el régimen de reconocimiento de las nuevas excepciones que a menudo los juristas deben admitir a la hora de resolver las controversias que llegan a los tribunales.

3. ¿QUÉ DECIDIRÍA EL JUEZ LUIGI FERRAJOLI EN EL CASO NOARA? [18]

Hace unos meses, un bebé de nombre Noara necesitaba urgentemente un trasplante de hígado. Cuando son compatibles, esa operación puede practicarse entre personas vivas, pues el receptor sólo necesita un fragmento del órgano del donante. Felizmente Noara disponía de un donante idóneo: su propia madre, cuyo nombre era Rocío. El final previsiblemente feliz de la historia fue enturbiado por el apartado *a)* de la siguiente disposición legal contenida en el art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos:

D1: «La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el donante sea mayor de edad».

[17] Me detengo en esta cuestión específica en *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 191 y ss.

[18] En mi *op. cit., Criaturas de la moralidad,* me refiero al caso Noara en 152 y ss. Puede verse otro caso ilustrativo en 67 y ss.

El contenido de esta disposición puede reducirse, a los efectos que nos interesan, a la siguiente norma:

N1: Prohibido a todos los menores donar órganos.

Pues bien, Rocío tenía dieciséis años y por tanto no le estaba permitido donar órganos ni siquiera a su propia hija. La norma N1 que le impedía a Rocío donar una parte de su hígado a su bebé es lo que los teóricos de la distinción entre reglas y principios se complacen en llamar «regla». Las reglas dividen nítidamente el universo de casos en dos hemisferios: Si el donante tiene dieciocho años o más, entonces le está permitido donar. Si el donante tiene menos (en extremo ejemplo: diecisiete años, 364 días, 23 horas y 59 segundos), entonces no puede donar. La regla puede aplicarse mediante una sencilla subsunción, con el resultado inaceptable de prohibir a Rocío donar parte de su hígado a Noara.

El problema llegó a un Juzgado de Sevilla que resolvió en un Auto [19] autorizar el trasplante mediante una argumentación basada en un razonamiento analógico que no habrá de ser relevante aquí. La cuestión es qué cobertura teórica pueda dar la teoría del Derecho positivista a este caso. Suelen ser del agrado de los positivistas más legalistas, los casos moralmente difíciles que resultan fácilmente solucionables mediante el Derecho. Ante estos casos, el legalista celebra la certeza del Derecho frente a las incertidumbres del discurso moral.

Más problemas plantean los casos moralmente difíciles que también son legalmente difíciles. Éstos apelan a las dificultades que cualquier orden normativo presenta a la hora de su aplicación y equiparan el discurso moral y el discurso jurídico en cuanto a su capacidad para proporcionar soluciones a las controversias prácticas. Con todo, ese empate también puede resolverse a favor de un planteamiento legalista que al menos preserve el valor de la seguridad jurídica.

Finalmente, existe un tipo de caso que es moralmente muy fácil, pero jurídicamente muy difícil. En otras palabras, se trata de casos que, significativamente, son insolubles jurídicamente si defendemos una visión positivista del Derecho y son fácilmente solucionables cuando adoptamos una perspectiva no positivista. Así eran a su manera los casos de extremas injusticias legales del Tercer *Reich* enjuiciadas en Nuremberg y así parece ser el caso Noara: moralmente fácil y jurídico-positivamente difícil. Por esta razón nos sirve de *test* inmejorable para constatar la invalidez de la tesis central del positivismo jurídico acerca de la ausencia de relaciones conceptuales necesarias entre Derecho y moral. ¿Por qué el caso Noara es jurídicamente difícil a pesar de ser moralmente fácil? En mi opinión, la razón consiste en que el caso Noara muestra las limitaciones de una concepción positivista y legalista del Derecho como la del propio Luigi FERRAJOLI.

El dilema al que se verá abocado el positivista es el siguiente: o bien el positivista garantista aplica la regla tal como él mismo dice que han de aplicarse las reglas (*i. e.* mediante el ejercicio de la subsunción y al margen de valores morales); o bien inaplica la regla y, en tal caso, el positivista (también el constitucionalista juspositivista) se debate entre infringir el Derecho (inaplicarlo) o bien negar que lo está infringiendo (inaplicarlo diciendo que lo está aplicando).

---

[19] Auto 785/07, de 18 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 17.

Ésta es la vía que gusta seguir el constitucionalista positivista como Luigi FERRAJOLI o Luis PRIETO. Supuestamente, estos autores podrían sostener, por ejemplo, que el valor de la justicia *incorporado* al art. 1.1 de la Constitución española de 1978 [20] habría de permitir en el caso Noara excepcionar jurídico-positivamente la prohibición a los menores de donar órganos. Sin embargo, esta vía tiene sus costes, pues con ella el positivista estará reforzando (veladamente en FERRAJOLI, abiertamente en PRIETO) la dimensión interpretativa y argumentativa del Derecho (la parte *crítica* del positivismo crítico ferrajoliano) y, haciéndolo así, comenzará a dar razones a quienes sostienen una visión interpretativa y argumentativa del Derecho (el constitucionalismo garantista o normativo habrá de retroceder ante el constitucionalismo argumentativo o principialista) y también dará razones a quienes afirmen que es imposible distinguir reglas y principios o a quienes afirmen que es imposible aplicar el Derecho de manera subsuntiva.

La razón es que este caso viene a demostrar que todas las normas (reglas y principios, bajo cualquier sentido) sólo son inteligibles *interpretativa y argumentativamente* [21] mediante la inscripción del razonamiento jurídico en el razonamiento práctico general (sea ello reconocido o no en un precepto constitucional como el art. 1.1 de la Constitución española). Dar este paso significa abandonar una concepción positivista del Derecho. El positivista jurídico sólo puede ante un caso como éste o bien negar la realidad (forzar lo que el Derecho dice en términos positivistas) o bien abandonar el juspositivismo (reconociendo que el Derecho dice cosas distintas de las que un positivista suele hallar en el Derecho).

El caso Noara pone de manifiesto, así pues, las limitaciones de cualquier teoría positivista del Derecho y desearía indicar que lo hace en los dos elementos esenciales a los que se opone el constitucionalismo juspositivista y garantista de Luigi FERRAJOLI. Por un lado, este caso demuestra la inviabilidad de cualquier intento de configurar las normas (ya sean constitucionales o infraconstitucionales como el art. 4 de la Ley de transplantes) como reglas (*i. e.* normas inderrotables) y además este caso pone de manifiesto que el positivismo jurídico está desenfocado en su visión de las relaciones entre Derecho y moral. A continuación desearía referirme a estos dos aspectos centrales a los que hace referencia el trabajo de FERRAJOLI: la distinción entre reglas y principios (implícita en la contraposición del constitucionalismo garantista o normativo al argumentativo o garantista) y la distinción entre positivismo y jusnaturalismo (implícita en la contraposición del constitucionalismo juspositivista al jusnaturalista).

4. CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA O NORMATIVO VS. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA

Como acabo de señalar, el caso Noara demuestra que la norma N1 («prohibido a todos los menores donar órganos») no es una regla y, por extensión, demuestra que no

[20] Para el lector no familiarizado con la Constitución española, el art. 1.1 de la Constitución española dice así: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

[21] Es decir, mediante el razonamiento con *valores internos* al Derecho en la terminología ferrajoliana.

es posible hablar de reglas en un Estado constitucional. Un corolario de esta constatación sería que la dicotomía regla/principio no es adecuada.

Ciertamente, FERRAJOLI aprueba explícitamente en su trabajo mi escepticismo ante la distinción entre reglas y principios (CPCG, 36). Sin embargo, mientras su escepticismo ante la distinción se basa en la suposición de que la inmensa mayoría de las normas son reglas (en este aspecto recuerda los planteamientos en España de Juan Antonio GARCÍA AMADO [22] y en cierta medida el legalismo de Francisco LAPORTA [23]), mi escepticismo se basa en la convicción diametralmente contraria de que todas las normas jurídicas en el Estado constitucional son principios (si asumimos la terminología al uso). En suma, la dicotomía regla/principio puede ser inválida o bien porque no reconozcamos la existencia de reglas o bien porque no reconozcamos la existencia de principios y es en este punto donde los caminos de nuestro común escepticismo se bifurcan. Por decirlo brevemente, estamos de acuerdo en rechazar la dicotomía regla/principio, pero ahí acaba nuestro acuerdo: A FERRAJOLI le sobra la categoría de los principios y a mí me sobra la categoría de las reglas.

En efecto, la distinción entre reglas y principios es muy desafortunada o al menos tiene un alcance muy limitado cuando se la observa de cerca. Paradójicamente, donde más limitado es su alcance es donde debería gozar de mayor vigor. Quiero decir con esto que la distinción entre reglas y principios, articulada por sus artífices con el fin explícito de explicar mejor cómo funciona el Derecho en los Estados constitucionales no funciona precisamente a causa de las específicas propiedades que adquiere el Derecho en los Estados constitucionales. Lo que desbarata la virtualidad de la distinción entre reglas y principios en el Estado constitucional consiste en que no puede haber reglas inmunes a revisión constitucional (esto me parece profundamente garantista), ya que ninguna norma de un ordenamiento jurídico constitucionalizado puede quedar, por razones conceptuales, desvinculada de la Constitución. Por tanto, no es posible distinguir entre reglas y principios sencillamente porque no existen reglas (*i. e.* normas inmunes a las exigencias constitucionales) en los Estados constitucionales. Se trata, pues, de una distinción (la de reglas y principios) que se anula a sí misma, por así decir. Desde mi punto de vista, la distinción entre reglas y principios es una mala distinción, en fin, no tanto porque no existan principios en los ordenamientos jurídicos constitucionalizados, sino porque las reglas no tienen cabida en ellos.

Sin embargo, hacia la nota 53 de su trabajo, FERRAJOLI comparte la constatación de Pace sobre «la prevalencia de las reglas y no de los principios en el texto de la Constitución italiana» y en el cuerpo del artículo indica que «(c)iertamente, existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil identificar. Pero se trata de normas relativamente marginales» (CPCG, 37 y ss.). Lo que podríamos llamar «el argumento de la marginalidad» es muy tentador para los defensores de un Derecho basado en reglas. Sin embargo, este argumento es falaz, dado que las normas no cuentan por su número sino más bien por su jerarquía y por su capacidad de irradiación o impregnación del resto del ordenamiento. A nadie

[22] J. A. GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en R. ALEXY *et al., Derechos sociales y ponderación,* R. GARCÍA MANRIQUE (ed.), Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, 249-332.

[23] F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual,* Madrid, Trotta, 2009.

se le ocurre otorgar mayor relevancia explicativa del Derecho a las normas sobre el empaquetado de salchichas que a las normas sobre derechos fundamentales sólo porque las primeras disposiciones sean más prolijas o numerosas. Ello hasta el punto de que toda regla, de existir tal cosa, reclama algún juicio de constitucionalidad (aunque sea rutinario e inconsciente) previo a su aplicación.

No debemos olvidar que la distinción fuerte entre reglas y principios es una creación de los defensores de los principios, que pretenden con ella reforzar la posición de los principios. Sin embargo, con su estrategia de subrayar el papel de los principios que está abiertamente orientada a preservar una serie de rasgos esenciales y privativos de los principios, acaban por establecer por contraste unos rasgos privativos de las reglas que ni un formalista extremo quizá llegara a admitir. Una vez más los extremos (principialistas y antiprincipialistas) se tocan.

De hecho, para hallar una regla genuina, que excluyera toda posible excepción y toda posible deliberación, sería necesario trasladarnos a un pasado muy remoto y extravagante. Por ejemplo [24], se trata del conocido caso del que nos habla GAYO en sus *Instituciones*. La regla decía que había que pronunciar la palabra «*arbora*» en un proceso formulario determinado y el demandante pronunció la palabra «*viniae*», que era de lo que efectivamente trataba el pleito. El demandante, como es sabido, pierde *eo ipso* el pleito. La regla es inderrotable *de verdad*, mas a nosotros este planteamiento nos parece irracional, pero no sólo porque el contenido de la norma sea irracional, sino porque nos parece absurda la forma de aplicarla, *que no atiende a razones* (administradas por la razón práctica). Por eso la defensa de un Derecho basado en reglas y de un consecuente modelo silogístico de aplicación del Derecho parece (*a fortiori* cuando de derechos fundamentales se trata) intrínsecamente incompatible con la matriz ideológica de corte progresista y aun la psicológica de ciertos positivistas legalistas. Hay algo desconcertante en que autores como el propio FERRAJOLI o como Francisco LAPORTA en nuestro país puedan reconocerse en una opinión como la siguiente:

> «Puede incluso decirse que para un eficaz Estado de Derecho es más importante que el contenido mismo de la norma el que éste se aplique siempre, sin excepciones. A menudo no importa mucho el contenido de la norma, con tal de que la misma se haga observar universalmente [...]. Lo importante es que la norma nos permite prever correctamente la conducta de los demás».

Estas palabras las firma apoyándose en la siguiente premisa nada menos que HAYEK en su célebre obra dedicada irónicamente «a los socialistas de todos los partidos», *Camino de Servidumbre* [25]:

> «Es muy característico que los socialistas (y los nazis) han protestado siempre contra la justicia "meramente" formal, que se han opuesto siempre a una ley que no encierra criterio respecto al grado de bienestar que debe alcanzar cada persona en particular y que han demandado siempre una "socialización de la ley", atacando la independencia de los jueces y, a la vez, apoyado todos los movimientos, como el de la *Freierechtsschule* que minaron el Estado de Derecho» [26].

---

[24] B. CELANO lo toma prestado de J. J. MORESO en «¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?», en *Discusiones*: *Razones y normas,* núm. 5 (2005), 101-128, 106.

[25] Fr. HAYEK, *Camino de servidumbre*, trad. J. VERGARA, Madrid, Alianza, 2000, 113 y ss.

[26] *Ibid*.

Sin embargo, todas estas reflexiones en torno a la idoneidad de un Derecho por reglas no pueden mantenerse sin precisar qué se entienda por regla y por principio. Como el profesor FERRAJOLI indica en su trabajo (CPCG, 36), llamo, en efecto, «principio» a una norma cuando es derrotable y llamo «regla» a una norma cuando es inderrotable. La derrotabilidad es una propiedad disposicional que hace referencia a la *susceptibilidad* de una norma de ser inaplicada por la emergencia de nuevas excepciones *justificadas* que no figuraban *ex ante* entre las excepciones de la norma. Si la excepción estaba ya justificada *ex ante* (del caso excepcionado) en el sentido de que ya había sido recogida en el elenco explícito de excepciones indicadas por el legislador, entonces no es una excepción propiamente (no hay nada excepcional en excluir de los efectos de una norma a sus propias excepciones) y si no estaba justificada, entonces no puede ser admitida con criterios positivistas como parte del contenido de la norma. Desde este punto de vista, inaplicar una norma invocando una excepción no jurídico-positiva es inaceptable para un positivista. Por eso los positivistas suelen referirse a las nuevas excepciones como la que hemos visto en el caso Noara (permitido a una madre menor donar órganos a sus descendientes) como «excepciones implícitas», pero esto supone definir las excepciones reconocidas en virtud de la derrotabilidad de las normas de manera espuria y sesgada. Cuando las excepciones son «implícitas», entonces no son excepciones (pues, por definición, ya estaban *contenidas* —implícitamente— en la norma excepcionada [!?]) y si son genuinas excepciones, entonces no podrían haber estado nunca implícitas en las normas derrotables.

La cuestión de fondo es, finalmente, si es posible que las normas en general puedan o no ser sensibles a la emergencia de nuevos casos no previstos *ex ante* (por definición no contemplados ni explícita ni implícitamente entre las excepciones de la norma). Si nosotros admitimos la sensibilidad de las normas a los casos nuevos que pudieran surgir en el futuro (la existencia de una «relación interna» entre las normas y sus casos de aplicación en la jerga wittgensteiniana) [27], entonces tenemos dos opciones: o bien abandonarnos al escepticismo kripkeano que afirma la inexistencia de normas que guíen nuestra conducta (hoy esta tendencia se asociaría a un cierto neorrealismo, a un particularismo jurídico o al «neopandectismo» que FERRAJOLI critica en CPCG, 23 y 52); o bien tratamos de mantener la posibilidad de una ontología de las normas a partir de algún criterio que sirva para conservar la cohesión y el significado de las normas ante la emergencia de nuevas excepciones. El criterio para mantener esa coherencia sólo puede ser la razón práctica. Sólo si admitimos que la razón práctica nos sirve para administrar el régimen de excepciones como el que reclama el caso Noara frente a normas como el art. 4 de la Ley de transplantes que prohíbe terminantemente a los menores donar órganos, cabe defender que esa norma tenga alguna entidad y que no nos entreguemos al nihilismo normativo de cierto realismo jurídico con el que FERRAJOLI quiere equiparar (injustamente, a mi juicio) al neoconstitucionalismo.

En suma, la estructura derrotable de las normas y la ponderación como procedimiento para evaluar la procedencia de nuevas excepciones constituyen manifestaciones consistentes de la necesidad de la tesis de la unidad de la razón práctica a la que se refería NINO o de la tesis del caso especial, como la llama ALEXY. Se pondera porque

---

[27] *Vid.* M. NARVÁEZ MORA, *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico,* Madrid, Marcial Pons, 2004, cap. III.

las normas sólo adquieren significado mediante su inscripción en el discurso práctico general que sirve para articular el régimen de excepciones de las normas jurídicas. Que no se pondere una norma no significa que esa norma no sea *ponderable* y ello por la misma razón que no negamos que la sal sea soluble aunque nunca haya sido disuelta en agua. Es, en fin, la derrotabilidad (o ponderabilidad, si se quiere) propia de toda norma en el Estado constitucional (la *posibilidad* de que en un caso concreto cualquier norma resulte excepcionada por un principio constitucional) lo que implica la inviabilidad de la configuración de las normas jurídicas de los Estados constitucionales como reglas (*i. e.* como normas inderrotables).

Una salida que explora FERRAJOLI en CPCG para salvar su modelo de Derecho basado en reglas, su modelo de aplicación silogística y su férrea distinción de Derecho y moral consiste en una maniobra ciertamente extravagante con la que excluir toda ponderación del Derecho consiste en afirmar (CPCG, 47) que lo que se pondera en los juicios de ponderación (que son un instrumento para administrar la derrotabilidad de las normas) no son normas, sino circunstancias de hecho. Personalmente me es muy difícil reconocer en el caso Noara un simple conflicto de hechos. Más bien parece que están en juego principios como el derecho a la vida de Noara, el derecho de su madre a salvarla y el principio de seguridad jurídica que nos ordena aplicar N1, pero me resulta francamente extraño pensar que podemos reducir este caso a una discusión sobre la presencia o no de ciertas «circunstancias» (CPCG, 42) que en nada afecta a principios jurídicos y morales implicados. Da la impresión de que FERRAJOLI parece querer desplazar a la premisa fáctica todos los problemas interpretativos, argumentativos y morales con el fin de mantener intacta la pureza de las normas bajo la forma de reglas inderrotables. Esto, francamente, no parece sino un artificio desesperado para tratar de salvar un modelo hiperformalista que sólo es capaz de dar respuesta a las objeciones alejándose más y más de la realidad.

¿Qué conclusión de carácter metodológico va implícita en todas estas consideraciones? Creo más que significativo que finalmente de lo que se discute en el fondo cuando hablamos de teoría del Derecho no es tanto qué sea el Derecho, ni siquiera cómo sea el Derecho (cuestión sobre la que en el fondo reina una cierta paz preteórica entre todos los sedicentes constitucionalistas) sino más bien un desacuerdo metaético. Finalmente, discutir de teoría del Derecho es una manera oblicua de discutir sobre filosofía moral (lo cual es ya de por sí un argumento antipositivista, por cierto).

De este modo, la auténtica barrera que se interpone entre FERRAJOLI y el neoconstitucionalismo es de naturaleza metaética. En términos muy generales, parece que en FERRAJOLI conviven en una pugna continua que recuerda a la de los Dióscuros, dos hijos enfrentados de la madre Ilustración: su tendencia al irracionalismo moral afín al positivismo lógico que inhabilita a la razón práctica para servir de soporte último a la administración de justicia y, por otro lado, el hiperracionalismo (su «espinozismo jurídico») que funda el modelo silogístico de aplicación de derechos fundamentales con configuración de regla.

Y, en efecto, es la falta de confianza de FERRAJOLI en la razón práctica lo que le lleva a pensar que toda actividad judicial deviene en activismo cuando no está enclaustrada en silogismos (CPCG, 28). Es la falta de confianza de FERRAJOLI en la razón práctica lo que le lleva a ver en el recurso por parte de los juristas a los argumentos morales un

riesgo de dogmatismo (*ibid.*). Sin embargo, necesitamos creer en la razón práctica para sostener incluso estos puntos de vista. Esta paradoja se explica porque el proyecto de FERRAJOLI es, como lo era el gran proyecto ilustrado que él quiere mantener vivo, una gran ideología, la ideología de los derechos humanos. Y no es fácil defender los derechos humanos racionalmente privándoles de un fundamento racional.

SEMÁNTICA, PRAGMÁTICA Y DEMOCRACIA*

Andrea Greppi
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN. Esta nota regresa, una vez más, al debate sobre la intangibilidad de los derechos fundamentales y lo hace tomando como punto de referencia la distinción, elaborada en *Principia iuris* de Luigi FERRAJOLI, entre semántica y pragmática del lenguaje jurídico. Tras una crítica de la semántica convencionalista que subyace al constitucionalismo garantista de FERRAJOLI se afirma que los puentes entre la lengua del Derecho y el habla de los ciudadanos, en democracia, han de permanecer abiertos al escrutinio público. El objetivo de este comentario es afirmar que, al menos en este ámbito, el campo del constitucionalismo garantista no es tan homogéneo como se desprende de la caracterización que de él ofrece Luigi FERRAJOLI en sus últimos escritos.

Palabras clave: constitucionalismo, semántica jurídica, pragmática del lenguaje jurídico, convencionalismo, teoría de la democracia.

ABSTRACT. This article returns, once again, to the debate on the undecidability of fundamental rights and it focuses on the distinction, drawn by Luigi FERRAJOLI in *Principia iuris*, between semantics and pragmatics of legal language. After a critical statement of semantic conventionalism on which positivistic constitutionalism rests, it is argued that bridges between legal language and citizen's ordinary speech must be kept open to the public scrutiny. The aim of these observations is to claim that, at least on these matters, the field of positivistic constitutionalism is not as homogeneous as it appears in the characterization given by Luigi FERRAJOLI in his recent works.

Keywords: constitutionalism, legal semantics, pragmatics of legal language, conventionalism, theory of democracy.

* Fecha de recepción: 20 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de abril de 2011.

I. Más de una vez se ha dicho que la radical formalización del universo normativo que persigue el constitucionalismo garantista tiene una consecuencia singular, y probablemente no querida, como es cierta tendencia a la despolitización de la práctica democrática. El equilibrio entre democracia y derechos, voluntad de las mayorías e instituciones contra-mayoritarias tiende a caer hacia el primero de los dos polos, al tiempo que el segundo queda depotenciado. La insaciable lógica expansiva de los derechos recorta el juego de mayorías y minorías y acaba convirtiendo al legislador democrático en mero gestor de los mandatos constitucionales. Aunque FERRAJOLI ha respondido en más de una ocasión a estas críticas, y a otras parecidas, me voy a permitir volver sobre el tema de la intangibilidad de los derechos fundamentales. Intentaré hacerlo sin reproducir discusiones agotadas, tomando como punto de mira la noción de «significado», un aspecto estrictamente preliminar a todo el debate pero que se encuentra en la base del constitucionalismo positivista o garantista.

La ocasión para volver sobre este tema es la posibilidad de que puedan existir discrepancias internas relevantes, tanto desde el punto de vista metodológico como político, en cada uno de los dos grandes campos —principialista y garantista— en los que Luigi FERRAJOLI divide el área del constitucionalismo democrático. En su reciente reconstrucción, de un lado estarían quienes entienden el constitucionalismo como «una superación en sentido tendencialmente iusnaturalista o ético-objetivista del positivismo jurídico»; de otro, quienes lo entienden como su «expansión o perfeccionamiento» (2011: 16). Dejaré de lado las posibles diferencias internas entre los partidarios de la primera opción, aunque intuyo que puede haberlas. Me interesa explorar las que pueda haber en el otro bando, y eso es lo que me lleva a retomar la delicada cuestión de la distinta manera de elaborar la relación entre el proceso democrático y sus estructuras constitucionales. Es evidente que una operación como la que lleva a cabo FERRAJOLI en «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» requiere cierto grado de esquematización de las distintas posiciones. Es inevitable que así sea y resulta incluso provechoso en la medida en que la identificación de elementos recurrentes es útil para ofrecer una explicación más robusta de una doctrina. En este sentido, no me cabe ninguna duda acerca de la utilidad de la propuesta de FERRAJOLI. No obstante, sí me interesa destacar que puede haber distintas maneras de entender esa «normatividad fuerte, de tipo regulativo» (2011: 21), que caracteriza a la versión garantista del constitucionalismo democrático. En particular, quiero defender que el hecho de poner en discusión la noción de «significado» que maneja FERRAJOLI no tiene que suponer, necesariamente, una tácita entrega a alguna forma, más o menos peligrosa, de *cripto-iusnaturalismo*.

II. Vayamos enseguida al caso paradigmático en el que se plantea el debate sobre la intangibilidad de los derechos fundamentales. En el marco de una democracia constitucional, explica FERRAJOLI, la relación entre mayorías y derechos sólo puede ser afrontada a partir de la distinción entre *legislación* y *jurisdicción*, dos funciones diferentes que consisten en *dictar* el Derecho y *decir* el Derecho (2006: 83 y ss.). La línea de demarcación entre ambas coincide con la delimitación taxativa entre *contenidos normativos* que se encuentran en la esfera de lo (políticamente) opinable, lo *decidible* políticamente, y las materias situadas en el ámbito de lo *no-decidible*, de aquello que la constitución prescribe de forma categórica. Pero puesto que la frontera entre una y otra esfera sólo puede ser expresada en palabras es inevitable preguntarse enseguida

por los instrumentos de que dispone el lenguaje para trazar esa distinción. En la teoría jurídica contemporánea, la reflexión sobre la dimensión lingüística o comunicativa del Derecho ha llevado a un extraordinario desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica. Es sabido que en el constitucionalismo de FERRAJOLI no concede demasiado espacio a estas cuestiones [1]. A pesar de la exhaustividad de sus escritos, que por pura acumulación producen un efecto casi barroco, sus posicionamientos al respecto han sido bastante escuetos. Su elaboración más interesante —y tampoco extraordinariamente novedosa, salvo quizá por su rigor analítico— está en el explícito reconocimiento de los márgenes de fisiológica discrecionalidad que caracteriza el ejercicio del poder jurisdiccional y su diagnóstico sobre el efecto deslegitimador que produce la discrecionalidad excesiva (2010, apdo. 6.C; 2007, I: 21; 1995: 877).

No quisiera detenerme en estas cuestiones generales, ya pormenorizadamente discutidas en otras ocasiones, para remontarme cuanto antes a un aspecto que me parece decisivo para entender las opciones metodológicas de fondo sobre las que reposa el enfoque del constitucionalismo garantista. Me refiero a la manera en que Luigi FERRAJOLI entiende la semántica del lenguaje jurídico y, a partir de ahí, a la manera en que maneja la distinción entre semántica y pragmática. Lejos de tomar la senda de la hermenéutica y la ponderación, como han hecho la mayoría de los neoconstitucionalistas, nuestro autor ha querido mantenerse apegado a una visión *estrictamente* empirista —*demasiado* empirista, diré enseguida— del «significado», entendido como determinación convencional de las condiciones de uso del lenguaje jurídico, y de la «verdad» de las proposiciones jurídicas, entendida a su vez como correspondencia entre significados y propiedades de aquellos estados de cosas a los que se refieren las palabras del legislador. A mi juicio, la posición que se adopta en este terreno explica algunos de los desencuentros más profundos que afloran en el debate en torno a las distintas versiones del constitucionalismo democrático.

III. Para fijar la posición de FERRAJOLI hay que acudir a la presentación sistemática y exhaustiva del modelo garantista que encontramos en *Principia iuris*. Entre los postulados primitivos de esa obra se encuentra la tesis del carácter constitutivo de los significados. Escribe FERRAJOLI: «Designaré todas las figuras de calificación [...] —modalidades, expectativas, reglas y estatus— con el término "*significado prescriptivo*"» (2007, I: 88). En el caso típico, los movimientos del ajedrez «tienen el sentido que les confieren las reglas del ajedrez» (231). Esto equivale a afirmar que para jugar al ajedrez, o para seguir el desarrollo de una partida, basta establecer una *conexión de sentido* entre una serie de condiciones establecidas en sus reglas y un conjunto de hechos o relaciones entre hechos. Lo mismo sucede en el caso del Derecho, el cual, como cualquier otro juego de lenguaje, también puede ser descrito como «un mundo de signos y significados enteramente sometido a las reglas sobre la formación de los primeros y sobre la producción, como su efecto, de los segundos» (98). Pero, ¿en qué consiste realmente la *producción* de significados? ¿Qué es lo que pasa cuando alguien estipula un significado? Responde inmediatamente FERRAJOLI: «Sin entrar en cuestiones ontológicas que están en el trasfondo de esta pregunta aquí será *suficiente* afirmar que un significado [...] existe en el sentido de que es asociado (o es asociable) a un signo por un intérprete» (219). El significado es *aquella cosa* que resulta de una asociación, el

[1] Al respecto, cfr., por ejemplo, L. PRIETO (2008: 423-424, 427).

producto de una *elección* o una *estipulación*[2]. El significado es por tanto el efecto de un *acto de habla* correctamente realizado, el *contenido* de una *acción comunicativa*.

Soy consciente de que la variación terminológica que acabo introducir está lejos de ser inocua. De entrada, y al margen de otras complicaciones, nos obliga a considerar algunas de esas cuestiones metodológicas que FERRAJOLI seguramente calificaría, sin demasiado aprecio, como *ontológicas*. Y es que, en efecto, no es tan fácil como parece aislar los muchos factores que intervienen el *proceso de asociación* entre signos y significados. En particular, en el campo jurídico, a nadie se le escapa que hay un grandísimo número de situaciones en el que la simple referencia a estipulaciones legislativas o dogmáticas —a los actos de *asociación*— no resuelve el problema de la determinación del significado. Son casos en los que la semántica del lenguaje acaba enredándose con la pragmática.

La distinción entre semántica y pragmática aparece en las páginas preliminares de *Principia iuris* y retorna con frecuencia en los numerosos pasajes en que FERRAJOLI pone en primer plano la vocación militante de la teoría. El lenguaje del Derecho se configura como lenguaje artificial, un conjunto de estipulaciones y sus implicaciones. Escribe FERRAJOLI: «Si entendemos por "lengua" el conjunto de las reglas de uso de las expresiones utilizadas en un determinado "lenguaje", el Derecho es al mismo tiempo una lengua y un lenguaje [...]. Las normas, al igual que las reglas dictadas por los diccionarios para las lenguas comunes, son en efecto, implícita o explícitamente, las reglas de uso de la lengua jurídica en la que los actos son nombrables y operativamente interpretables». Esta caracterización de la artificialidad del lenguaje jurídico va unida a una peculiar versión sobre la pragmática del lenguaje legal. «De la exacta determinación de los referentes semánticos de las normas depende, de un lado, la certeza del Derecho y, de otro, su capacidad para fundar, en la realidad social, el sentido de la práctica jurídica» (444).

Dos consecuencias se desprenden de esta caracterización del lenguaje jurídico, «ambas decisivas en relación con el funcionamiento del principio de legalidad». La primera es la identidad entre la semántica de las normas y las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. La segunda es la conexión entre pragmática del lenguaje jurídico y efectividad del Derecho, sobre la que FERRAJOLI insiste en numerosos pasajes de *Principia iuris*. Por ejemplo, cuando afirma que «[...] la lengua jurídica determinada por las normas funciona como Derecho en la medida en que sus significados son socialmente comprensibles, aceptados, compartidos y practicados en el lenguaje jurídico operativo»; que «el Derecho es una lengua y un lenguaje artificial, fruto de convenciones acompañadas del sentimiento jurídico de obligatoriedad y a su vez estipuladas sobre la base de reglas igualmente artificiales»; que, «en la mayor parte de los casos, signos y significados funcionan como normativos simplemente porque son socialmente

[2] Escribe R. GUASTINI: «A esta concepción [de Luigi FERRAJOLI] se le puede señalar que los textos normativos no tienen [...] vida propia independientemente de la interpretación y de la dogmática, y que por tanto aquello que llamamos "el Derecho" es indistinguible de los conceptos, de las doctrinas que usan los juristas, *aparentemente* para describirlo en el nivel del metalenguaje, *en realidad* para modelarlo. [...] Esta concepción alternativa [...] sugiere para la teoría del Derecho [...] no las estructuras formales del ordenamiento, [...] sino el análisis lógico y pragmático de los discursos de la jurisprudencia [...] El corolario de estas observaciones es el siguiente. Para Luigi FERRAJOLI la teoría del Derecho es un discurso casi completamente artificial, un conjunto de estipulaciones» (2008: 254-256). La respuesta de FERRAJOLI se encuentra en (2008: 406).

compartidos»; y que «esta condivisión social de los significados normativos es la condición preliminar de ese enorme aparato simbólico que es el Derecho» (446-7).

IV. De las citas reproducidas en el apartado anterior me interesa destacar sobre todo la tesis según la cual el lenguaje del Derecho es *tanto* una lengua *como* un lenguaje, pues de ella se desprende una comprometida analogía entre lenguaje jurídico —en sus distintos niveles: legislativo, dogmático, teórico— y lenguaje natural. De entrada, parece evidente que en el campo del lenguaje común no hay ninguna instancia que pueda jugar un papel comparable al de las autoridades que administran el lenguaje jurídico. El papel de las Academias en la estandarización de las reglas de uso de una lengua no es de ninguna forma comparable al que desempeñan el legislador y los jueces en la estipulación de la lengua del Derecho. Igualmente discutible es la creencia en el papel de los diccionarios para delimitar los usos correctos e incorrectos de las palabras [3]. En general, no me parece acertada la asimilación *sin residuos* entre la lengua y el lenguaje del Derecho porque con ella se borra la distinción entre los dos niveles básicos de la comunicación lingüística, el de la *lengua* y el del *habla* [4], que comprime y oscurece todo posible *contacto* entre semántica y pragmática, como si fueran dos universos totalmente independientes, tanto en el momento inicial de la estipulación del significado como en el momento de la interpretación operativa. Como consecuencia de esta forzada desconexión, el proceso comunicativo tiende a quedar, por así decir, *suspendido en el aire*. Es como si, en el caso típico del ajedrez, mencionado por FERRAJOLI, el proceso de descubrimiento de las reglas del juego pudiera quedar reducido a un puro acto de invención, en el que nadie se pregunta si el juego resultante de la estipulación responde, de manera plausible, a la idea que los jugadores se hacen de los juegos interesantes o divertidos, a los que merece la pena jugar. Fuera del ejemplo, la cuestión decisiva está en saber cómo se desarrolla el proceso de identificación de las propiedades que van a ser consideradas como condiciones de verdad de las proposiciones del lenguaje jurídico. ¿De qué manera —con qué método, sobre qué base— asociamos signos y significados?

---

[3] La metáfora del diccionario está fuertemente arraigada en la concepción tradicional del lenguaje. Escribe DE SAUSSURE: «La lengua existe en la colectividad en la forma de una suma de acuñaciones depositadas en cada cerebro, más o menos como un diccionario cuyos ejemplares, idénticos, fueran repartidos entre los individuos. Es, pues, algo que está en cada uno de ellos, aunque común a todos y situado fuera de la voluntad de los depositarios» (DE SAUSSURE, 1945: 46). No me parece que sea necesario insistir demasiado para poner en evidencia la carga metafísica que envuelve todo el planteamiento.

[4] Repárese, a título de curiosidad, las complejidades que emergen en los párrafos en que DE SAUSSURE se refiere a la «cristalización» de la lengua y, a partir de ahí, traza a distinción entre los dos diferentes planos analíticos de la lengua (*langue*) y el habla (*parole*): «¿Cómo hay que representarse este producto social para que la lengua aparezca perfectamente separada del resto? Si pudiéramos abarcar la suma de las imágenes verbales almacenadas en todos los individuos, entonces toparíamos con el lazo social que constituye la lengua. Es un tesoro depositado por la práctica del habla en los sujetos que pertenecen a una misma comunidad, un sistema gramatical virtualmente existente en cada cerebro, o, más exactamente, en los cerebros de un conjunto de individuos, pues la lengua no está completa en ninguno, no existe perfectamente más que en la masa. Al separar la lengua del habla *(langue et parole),* se separa a la vez: 1.º lo que es social de lo que es individual; 2.º lo que es esencial de lo que es accesorio y más o menos accidental. La lengua no es una función del sujeto hablante, es el producto que el individuo registra pasivamente; nunca supone premeditación, y la reflexión no interviene en ella más que para la actividad de clasificar. El habla es, por el contrario, un acto individual de voluntad y de inteligencia, en el cual conviene distinguir: 1.º las combinaciones por las que el sujeto hablante utiliza el código de la lengua con miras a expresar su pensamiento personal; 2.º el mecanismo psicofísico que le permita exteriorizar esas combinaciones» (DE SAUSSURE, 1945: 41).

El lenguaje del Derecho, explica FERRAJOLI en algunos pasajes cruciales para la arquitectura de su trabajo, incluso cuando se refiere a objetos cargados de connotaciones valorativas, es siempre un *lenguaje observacional* (2007, I: 45-49). Aunque eso sea cierto, y no hay duda de que en buena parte lo es, la dificultad sigue estando en saber, en cada caso, cuáles entre las infinitas propiedades y relaciones observables se consideran relevantes y merecen ser tomadas como condiciones de verdad de un término. El convencionalista dirá que es al legislador a quien le corresponde fijar dichas condiciones. Sin embargo, es razonable pensar que esa elección no será enteramente arbitraria y, más bien, atenderá a múltiples vínculos y razones. El significado de las palabras se construye sobre un trasfondo más amplio, que no está enteramente a disposición de nadie, ni siquiera del artífice de la ley, entre otras cosas porque la semántica del Derecho no está —como el propio FERRAJOLI indica— completamente desconectada de la *percepción social* de los significados. Pero entonces, si no está desconectada, ¿en qué consiste esa relación que viene a establecerse, más allá de las simples estipulaciones, entre semántica y pragmática del lenguaje legal?

A partir de la segunda mitad del siglo pasado la filosofía del lenguaje ha dado mil vueltas en torno a estas cuestiones, hasta el punto que a estas alturas resulta casi descontado afirmar que existen una infinidad de factores contextuales —opacidad, suerte epistémica— que complican el análisis de la relación entre significado, condiciones de verdad y referencia. No es el lugar para detenerse en estas cuestiones. Para lo que aquí importa, basta entender que la selección de las propiedades relevantes, las que determinan la verdad o falsedad de un aserto, implica la referencia a *criterios* que nos permiten orientarnos en el inabarcable número de propiedades y relaciones observables en cada estado de cosas [5]. A continuación, a través de un ejemplo, intentaré mostrar algunas de las muchas e interesantes interferencias que se producen entre semántica y pragmática del lenguaje jurídico.

V. El ejemplo que propongo le resultará curioso, y también algo molesto, a todo aquel que tenga la más elemental sensibilidad cosmopolita. Con la intención que fuera, y por razones que no vienen al caso, el constituyente español del '78, en la redacción del art. 2 mostró una extraordinaria capacidad de invención lingüística al *estipular* la distinción, desconocida hasta la fecha, entre «nación» y «nacionalidad». De la primera categoría se tenían referencias más o menos prestigiosas, pero sí bien conocidas. De la segunda, en cambio, como reconoce la doctrina más autorizada, no hay precedentes claros.

---

[5] Los criterios nos proporcionan el *mapa* de las propiedades relevantes. Pero al igual que cualquier otro mapa, su correspondencia con la realidad nunca es perfecta. Conforme al célebre cuento, los mapas que no son selectivos, que aspiran a proporcionar una representación perfecta de la realidad, en una escala 1:1, son perfectamente inútiles. Al respecto, como se ha dicho en muchas ocasiones, es inevitable reconocer que no existe un *único* mapa verdadero o, a la inversa, que puede existir *más de un mapa correcto* que represente la realidad de un mismo territorio. Lo cual no nos aboca necesariamente al escepticismo en la representación. Que exista más de un mapa, no significa que no tengamos razones para escoger entre los distintos mapas disponibles. La elección dependerá del uso que queramos darle, del contexto en que lo queramos utilizar, esto es, de nuestros intereses y propósitos. Pongamos por caso un mapa que describa, de forma perfectamente fidedigna, la densidad de la población en un territorio, o el trazado de las líneas de alta tensión: es evidente que no será de más utilidad para movernos en coche por una ciudad que un croquis aproximado, dibujado a toda prisa por un amigo que sabe adónde queremos ir. Una fascinante elaboración de la noción de «criterio» se encuentra en S. CAVELL (2003, parte I). Sobre WITTGENSTEIN y la teoría del Derecho, M. NARVÁEZ (2004).

En la lengua constitucional del '78, una «nacionalidad» es un *objeto* que se parece bastante a eso que los politólogos suelen denominar «nación sin Estado». La crónica de los debates mantenidos a lo largo del proceso constituyente deja constancia de la intensidad de las polémicas que rodearon la invención del término. Se dijo que la introducción del término «nacionalidad», en oposición a los conceptos de «nación» y «región», resultaba ambigua, confusa, peligrosa, discriminatoria o innecesaria, pero también, desde la perspectiva contraria, la del nacionalista «periférico», que era a todas luces insuficiente. Los sucesivos intentos de redefinir la nacionalidad como «nación cultural» no parece que hayan llegado a buen puerto, entre otras cosas porque se han visto obligadas a mutilar uno de los elementos centrales en la semántica del término «nación», que siempre ha tenido, desde sus orígenes decimonónicos, una clara connotación política [6]. La jurisprudencia, por su parte, en la interpretación del art. 2 CE ha ido echando mano de distintos expedientes verbales para «armonizar» la unidad con el pluralismo, la autonomía o la solidaridad. No obstante, dirá el convencionalista, nada de todo esto le resta valor alguno a la estipulación constitucional. Si el constituyente ha querido hablar de «nacionalidades» es porque pretendía decir algo acerca de algo. De la misma forma que el concepto constitucional de «nación» se refiere a la existencia de una realidad, la nación española, que posee una de propiedades relevantes, hemos de suponer que la estipulación constitucional de las «nacionalidades» se refiere también a la existencia de una serie de realidades que, por el hecho de poseer determinadas propiedades, difieren tanto de la realidad denominada «nación» como de otras realidades distintas que el texto constitucional ha configurado como meras circunscripciones administrativas.

De la distinción estipulativa entre «nación», «nacionalidad» y «región» se siguen dos consecuencias jurídicas fundamentales para la articulación territorial del Estado: de un lado, la atribución exclusiva de la soberanía al pueblo español y, de otro, la atribución de un (mismo) Derecho a la autonomía a las distintas «nacionalidades» y «regiones». Como acabamos de decir, y sobre la base de una concepción del significado como la que caracteriza al constitucionalismo garantista, hemos de suponer que el significado constitucional del término «nacional» se refiere a la *realidad* de la nación española de la misma manera que el término «nacionalidad» se refiere a la existencia de ciertos *hechos diferenciales* que se dan en determinados lugares y el término «región» a un conjunto de circunstancias históricas y geográficas que definen a otros territorios distintos. Pero esto significa también —y es aquí donde empiezan los problemas— que los *hechos nacionales* a los que alude el término «nación» tienen que ser de alguna forma *diferentes* tanto de los *hechos nacionales* por los que se define cada «nacionalidad», como de los *hechos geográficos* a los que alude el concepto «región». De lo contrario, la estipulación contenida del art. 2 CE resultaría incomprensible. No habríamos alcanzado una idea *clara y distinta* de su significado y no sería posible sustentar el valor de verdad o falsedad de los enunciados interpretativos en que dichos términos recurren. La ambigüedad en la referencia de los términos «nación» o «nacionalidad» no parece poder resolverse a través de una *simple* redefinición.

El jurista ilustrado no suele echarse atrás ante este tipo de exploraciones *ontológicas*. Sabe que su trabajo consiste en bregar con la vaguedad y la ambigüedad de los

[6] Me refiero, entre otras, a la definición de «nacionalidad» establecida por Pasquale MANCINI (1851). Agradezco a Patricia MINDUS esta sugerencia.

textos legales. Es el campo familiar en el que interviene ese poder de determinación del lenguaje jurídico del que habla FERRAJOLI y que corresponde, de forma paradigmática, a la jurisdicción. En el caso aquí descrito, con buena técnica jurídica, el intérprete puede entender que España *es* —se define como— una nación de nacionalidades y regiones, cualquiera que sea el significado de esos términos en otros contextos ajenos al universo de la lengua constitucional del '78. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando, poniéndose «al amparo de una polisemia por completo irrelevante en el contexto jurídico-constitucional que para este Tribunal es el único al que debe atender» (STC 31/2010, FJ 12), ha definido las condiciones de uso del término «nacionalidad» a partir de la referencia a la «indisoluble unidad de la Nación española». La operación del Tribunal consiste en *evocar* la convención constitutiva —el verdadero significado jurídico de «nación»— y a continuación *redefinir* las condiciones de uso de los términos contiguos —«nacionalidad» y «región»—. Pero la cuestión sigue siendo la misma: ¿a qué *propiedades observables* se refiere la «indisolubilidad de la nación»? ¿Qué *hechos* son *relevantes* para la configuración jurídico-constitucional de una nacionalidad? En definitiva, ¿qué quiere decir, *en realidad*, que España es una nación que se compone de nacionalidades y regiones?

VI. No sin algo de malicia, alguien podría observar que en el fondo de todo este asunto late un viejo tema platónico. Desde PLATÓN, sabemos que hay situaciones en las que la comprensión del todo requiere algo más que el conocimiento de cada una de las partes que lo componen: el aprendizaje del significado de una palabra no es comparable con el aprendizaje de sus sílabas o el análisis de las propiedades del triángulo del estudio de las propiedades de cada uno de sus ángulos, considerados por separado.

No es ésta una inquietud puramente especulativa. Tres décadas de polémicas sobre los arreglos territoriales compatibles con la Constitución española alimentan la sospecha de que la clave de la disputa no está en la clarificación de las estipulaciones constitucionales sobre el término «nación» y sus relaciones con el concepto de «nacionalidad», sino en la identificación del referente de estos términos, la realidad a la que se supone que corresponden estas palabras. Se trata de saber si la «unidad» de la que estamos hablando debe ser entendida como *solución* de ingredientes diversos o, por el contrario, como *emulsión* entre líquidos que poseen densidades diferentes. En este sentido, la estipulación constitucional de las *propiedades observables* de la «nación española» o de la «nacionalidad catalana» no despeja, por sí misma, la incertidumbre acerca de la relación entre las partes y el todo. Si no queremos que todo este embrollo jurídico y político no se transforme en una mera cuestión de palabras, hemos de admitir que lo que está en juego es nuestra conceptualización de la realidad de la que estamos hablando, esto es, la elección de los *criterios* mediante los cuales identificamos las *propiedades relevantes* de la realidad a la que nos referimos. No es la asociación entre signo y significado lo que falla aquí, sino la correspondencia entre el significado y su referente, que en un caso como éste consiste en una realidad que no se deja aferrar en conceptos sin oponer cierta resistencia. Por más que el lenguaje jurídico sea un lenguaje artificial, cuyas condiciones de verdad son el fruto de una estipulación, aquí el problema aparece a la hora de determinar su *correspondencia* con la realidad. Y no porque el lenguaje esté mal formado, porque falta precisión o rigor, sino porque

la realidad a la que se hace referencia no se compone sólo de objetos que puedan ser identificados por su pertenencia a *clases naturales*[7]. El Derecho trata de objetos —las «naciones» y las «nacionalidades», por ejemplo— que están hechos de una *materia* que está en permanente transformación.

Aunque no es el lugar para argumentar por extenso esta idea, mi impresión es que estas preguntas tienen respuestas suficientemente claras en contextos determinados y que, por tanto, no hay motivo para entregarse a un ilimitado escepticismo semántico. Pero creo también que el camino para salvar las dificultades que atañen a la conceptualización de ciertos ámbitos particularmente resistentes de la realidad no puede ser tan directo como se supone que debería ser, siguiendo un planteamiento como el de FERRAJOLI. La operación de asociar signos a significados requiere *algo más* que un mero acto de voluntad arbitraria, como se demuestra en el caso de la Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña. El Tribunal ha apelado a las estipulaciones constitucionales, y ha intentado precisarlas, pero girando en el vacío, ya que cualquier iteración o paráfrasis de los enunciados constitucionales —por ejemplo, acerca del concepto de «nación»— consistirá en nuevas expresiones formuladas en palabras, las cuales tendrán a su vez sus propias reglas de uso y deberán ser confrontadas con una realidad que posee una fisiológica plasticidad. Sabemos que no es posible salirse del lenguaje por medio del lenguaje. Quien intente hacerlo acabará cayendo en alguna forma, más o menos explícita, de platonismo (del significado).

Cabe, por supuesto, intentar salvar el escollo como suelen hacer los juristas más experimentados, argumentando que el lenguaje del Derecho es un lenguaje dogmático, pero *sólo parcialmente* codificado. Dirán que las *zonas de penumbra* de la «lengua» del Derecho limitan inevitablemente con la *roca dura* de los significados del sentido común. A ese límite apelamos cuando construimos el *contenido esencial* de una norma. Mientras podamos seguir apelando a ese *trasfondo* —esta parece ser la hipótesis de fondo— podemos suponer que el Derecho no va a perder esa eficacia simbólica que le caracteriza.

Es ésta, sin duda, una solución razonable, pero que acaba devolviéndonos al mismo lugar en que nos encontrábamos. En efecto, pronto nos damos cuenta de que la diferencia entre semántica y pragmática, en lugar de encontrar una base más sólida, como suponen las doctrinas del convencionalismo semántico, tiende a deshacerse, porque si algo caracteriza la práctica comunicativa cotidiana es precisamente la fluidez de los matices, la inagotable capacidad de adaptación a situaciones no plenamente formalizables. Y esto es lo que me permite llegar, finalmente, al asunto que vengo persiguiendo a lo largo de estas páginas: en ese margen de incertidumbre y de incesante reajuste semántico de los elementos constitutivos del orden político y jurídico se quiebra la presunta intangibilidad de lo *no-decidible* y se abre la posibilidad de entender ese territorio no como un *coto vedado* a la opinión y la voluntad de los ciudadanos, sino como un espacio mediado por la deliberación democrática. En el ejemplo discutido en apartado anterior, al jurista empeñado en la exégesis de las estipulaciones constitucionales alguien habrá que le pregunte de qué forma puede estar él tan seguro de que una determinada realidad territorial identificada mediante las estipulaciones constitucio-

[7] Sobre este punto, *vid.* el debate entre J. J. MORESO (2010) y L. PRIETO (2010).

nales constituye una «nación» o una «nacionalidad». A una interpelación como ésta, el jurista no puede responder que ése es el *sentido* de la regla que establece las condiciones de uso del término «nación», porque *son precisamente las convenciones sobre las que reposa el uso las que están en disputa*. Y desde luego no cabe responder que el concepto de «nación-unitaria» es más *real* que el concepto opuesto de «nación-plural». Ambos lo son en la misma medida. O no lo son. El nudo gordiano del significado se resiste a la mera estipulación.

VII. Se dirá que este ejemplo es demasiado favorable para la suerte de mis argumentos, que no hacen más que insistir en el *margen fisiológico* de indeterminación que arrastra la semántica jurídica. Casos como éstos no serían suficientemente significativos porque, como todo el mundo sabe, se vuelca sobre ellos demasiado ardor ideológico. Afortunadamente, la constitución y el Derecho no se ocupan sólo de cuestiones tan envenenadas. Aprovechando esta circunstancia, el constitucionalista convencionalista podría intentar cubrirse las espaldas afirmando que él está acostumbrado a descontar el envoltorio retórico que habitualmente recubre el discurso constitucional. Obviamente, no es la dimensión meramente propagandística del lenguaje legal la que resulta problemática. Tampoco quisiera detenerme a considerar si el Derecho, entendido como práctica social, proporciona una y una sola respuesta no-arbitraria para los casos difíciles. Lo que me interesa es poner de manifiesto la diferencia entre dos maneras distintas de explicar el proceso de formación de los significados: una puramente convencionalista y otra más flexible, en la que el debate público sobre los uso de los conceptos constitucionales orienta la formación del lenguaje del Derecho. Y mostrar, a partir de ahí, las implicaciones políticas de esta diferencia. Porque ¿acaso podemos negar que es precisamente en el terreno de la definición del contenido y el alcance del lenguaje de los derechos donde surgen los casos más significativos, y valiosos, de *resistencia constitucional*[8]?

Lo curioso del caso, como vengo diciendo, es que FERRAJOLI hace mucho hincapié en la dimensión pragmática del lenguaje jurídico. *Principia iuris* explora, desde sus páginas iniciales, las distintas dimensiones de la semántica *de* la teoría del Derecho y *en* la teoría del Derecho. Por lo que se refiere a la primera de ellas, su preocupación fundamental está en destacar la función crítica, o normativa, que en el nuevo paradigma constitucional adquiere la teoría jurídica respecto de la práctica del Derecho. Con respecto a la segunda, en cambio, la pragmática tiende a quedar relegada a un mero dato sociológico, al registro de los comportamientos lingüísticos que sostienen la dimensión simbólica del sistema jurídico[9]. De este modo, FERRAJOLI acaba proyectando hacia una dimensión *hiper-política* el proceso de producción de los significados, idealizando ese instante fundacional de la semántica jurídica en que se estipulan las convenciones de la lengua constitucional. Podemos suponer, conforme a una respetable tradición, que en ese momento intervenga un legislador bienintencionado que,

[8] Tomo esta expresión de E. VITALE (2010).

[9] El conocimiento de los significados corresponde a la ciencia, y no admite discrepancia política. Lo cual no deja de resultar sorprendente, al menos si se recuerda que el propio Thomas HOBBES, un autor de referencia para quien pretenda sostener una concepción artificialista tanto del Derecho como del lenguaje, lejos de confiar la administración del lenguaje jurídico al saber de los juristas, se lo reservaba en exclusiva al soberano, a la instancia política por excelencia (*Leviatán*, cap. 25).

volviendo al interior de la caverna platónica, tenga a bien determinar, de una vez y para siempre, el sentido correcto de las palabras. Por otra parte, y en segundo lugar, esta idealización de las estipulaciones originarias acaba produciendo una *intensa moralización* del proceso a través del cual el intérprete de a pie, en el ejercicio de sus facultades de verificación, calificación y connotación de los enunciados, reproduce las «verdaderas» estipulaciones del constituyente. La teoría resultaría impotente si no hubiera intérpretes comprometidos con la comprensión de sus *contenidos* normativos básicos. De aquí se deriva, finalmente, una tácita devaluación de la política ordinaria, de la democracia de todos los días, excluida de cualquier ámbito de argumentación y decisión que pueda interferir con el descubrimiento del significado originario encerrado en el texto. Cabe preguntar, de nuevo, ¿es ésta la mejor manera para describir el funcionamiento de las controversias constitucionales, especialmente en su relación con el juego de mayorías y minorías?

VIII. Para mostrar cuáles son las situaciones que me interesan y por qué escapan a las estipulaciones semánticas, quiero recordar un ensayo reciente de Stefano RODOTÀ (2010) en el que se toman en consideración una serie de materias que tienen en común el hecho de estar situadas en la frontera entre la *vida* y las *reglas*. Explica RODOTÀ que en las actuales condiciones de acelerada transformación de nuestra relación con el entorno y debido al incremento exponencial de las capacidades tecnológicas de la humanidad, algunas categorías centrales del léxico jurídico han ido deslizándose paulatinamente más allá de los usos ordinarios del lenguaje. Algunas de estas variaciones tienen intensas connotaciones morales —afectan a *conceptos éticos densos* [10]— pero en otros casos la incertidumbre no interfiere directamente con nuestras convicciones más arraigadas. Son situaciones en las que los *criterios habituales* para identificar el correcto uso de las palabras han quedado desmentidos, devaluados, falsificados por la experiencia. En estos casos el problema no está *tanto* en que ya no alcancemos a entender lo que dice el Derecho, que se nos escape su significado, construido a partir de las definiciones legales y jurisprudenciales vigentes; no está en que las normas hayan dejado de ser «claras» porque nos hemos topado con casos que resultan particularmente *difíciles*; el problema está, por el contrario, en que se ha producido un *desajuste* entre (nuestra percepción de) el estado de cosas que tenemos entre manos y su caracterización en la lengua del Derecho. Desconocemos si existen, en el léxico acuñado, términos que incluyan todas las propiedades y relaciones que nos parecen relevantes. Lo que está en juego, en definitiva, no es tanto la posibilidad de encontrar soluciones correctas en Derecho y aceptables desde el punto de vista moral, como la adecuación entre *las palabras y las cosas*. De esto es de lo que hablamos cuando nos preguntamos qué significan expresiones como «vida», «desarrollo de la personalidad», «cuerpo», «dolor», «muerte», «casualidad», «gratuidad» o «cuidado». ¿Puede el Derecho, cuando aparecen esta clase de desajustes, marcar una frontera *puramente estipulativa* entre lo decidible y lo determinado por la regla? ¿Pueden las reglas —y bajo qué condiciones pueden— determinar qué es opinable y qué es (jurídicamente) verdadero?

Mi impresión es que la respuesta a estas preguntas no puede volver la espalda a las variaciones y a los pliegues del habla de todos los días, a la riqueza de los procesos

[10] Cfr. al respecto, B. CELANO (2002: 222 y ss.)

de entendimiento público que subyacen a la pragmática del lenguaje jurídico. No es posible, por ejemplo, definir el alcance del término «muerte» sin considerar las condiciones de uso de la expresión «vida que merece ser vivida». Por supuesto, a nadie se le oculta que los procesos de entendimiento que determinan los usos de estas palabras están *mediados* por categorías jurídicas. Entre la vida y las reglas, viene a decir RODOTÀ, la relación no va a ir siempre en la misma dirección, ni es posible establecer de antemano la prioridad lógica y cronológica de la experiencia sobre los significados. A veces ocurre lo contrario de lo que cabría esperar, y son las estipulaciones del legislador las que producen realidades nuevas. Cualquier sociedad mínimamente pluralista precisa *mecanismos sociales* —formalizados o no— para estabilizar el uso de los términos, por la sencilla razón de que no podemos argumentar al infinito sobre cada una de nuestras opciones semánticas. No podemos andar preguntándonos a cada paso, por ejemplo, si mi dolor es *realmente* igual al tuyo o si hay un grado de soledad que resulta *humanamente* inaceptable. Por eso, entre otras cosas, es razonable que haya convenciones, aunque éstas sean sólo relativamente estables, nunca definitivas y siempre problematizables [11]. Pero entonces, cabría añadir recuperando el tema inicial de este comentario, ¿acaso no es precisamente de *esto* de lo que trata la democracia, del uso y la estabilización de las convenciones? ¿No es de *esto* de lo que discute la opinión pública y lo que se pregunta cada ciudadano —y no sólo el legislador o el constituyente— cuando reacciona ante el dolor o la injusticia?

IX. Cualquiera que sea la salida que queramos dar a estas dificultades, el simple hecho de tomarlas en consideración nos sitúa ya bien lejos de la tesis de la *pura* arbitrariedad y la *irremediable* inconmensurabilidad de las estipulaciones constitutivas del lenguaje jurídico. El significado no depende de *meras* convenciones sino que está abierta a los vaivenes de su adecuación pragmática. Lo cual, si no me equivoco, es difícilmente compatible con esa concepción estrictamente convencionalista del significado propuesta en *Principia iuris* y que respalda, como se dijo al comienzo, una determinada caracterización del «constitucionalismo garantista». La opción de FERRAJOLI no parece que esté en condiciones de explicar por qué y cuándo los actos de habla en que consisten las atribuciones de significado van a tener «éxito», o *qué* es lo que hace que las normas puedan ser percibidas como tales, esto es, si se quiere decir así, como hechos que producen razones para la acción.

No hace falta ser un forofo de WITTGENSTEIN o un impenitente crítico derridiano para entender que la *asociación* —recordemos que éste era el término empleado por FERRAJOLI— entre signo y significado tendrá seguramente una base convencional, pero no puede quedar reducida a una mera estipulación. Por eso, admite siempre prueba en contrario. Y creo que no hay nada particularmente escandaloso en esta afirmación, nada que vaya a «minar la normatividad del Derecho» (FERRAJOLI, 2011: 23) o que nos obligue a abrazar la tesis de la *lectura moral de la constitución*. Ésta es, sin lugar a dudas, una de las soluciones posibles, pero para dar el salto desde el iuspositivismo a una opción distinta —*no-iuspositivista*, *cripto-iusnaturalista*— se necesita algo más que la crítica del convencionalismo semántico. Más allá de una discusión que tiene lugar en el ámbito de la filosofía del lenguaje, la opción por el iusnaturalismo requiere asumir

[11] Sobre cómo y por qué las palabras se vuelven «problemáticas», *vid.* J. HABERMAS (2002: cap. 5).

una amplia serie de postulados de base acerca del carácter de las convenciones que respaldan la normatividad del Derecho. Hay que optar, en definitiva, por un concepto de Derecho *diferente* [12]. Pero, al revés, esto significa también que el positivismo jurídico no tendría por qué enrocarse en una concepción del significado impermeable a toda consideración sobre el proceso de producción de los significados, una visión que expulsa las convenciones al terreno oscuro de las preferencias «subjetivas».

En todo caso, y al margen de esta última cuestión, me interesaba considerar el debate sobre las distintas modalidades del constitucionalismo democrático a partir de la idea de que la elaboración de criterios de adecuación pragmática entre la lengua del Derecho y el lenguaje de los ciudadanos, en democracia, ha de pasar necesariamente por la crítica y la autocrítica de las opiniones de todos. Precisamente porque —como escribe FERRAJOLI— «el Derecho es un mundo de signos y significados» (2007, I: 38), la labor de producir, teorizar, proyectar e interpretar el lenguaje del Derecho no puede ser monopolio de una supuesta *ciencia* de las constituciones. El significado de la constitución ha de permanecer abierto al escrutinio público.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BAYÓN, J. C., 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia», en P. NAVARRO y M. C. REDONDO (comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa.

CAVELL, S., 2003: *Reivindicaciones de la razón*, Madrid, Síntesis.

CELANO, B., 2002: «Come debe essere la disciplina costituzionale dei diritti?», en S. POZZOLO (ed.), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli; trad. cast. en B. CELANO, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

FERRAJOLI, L., 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.

— 2006: *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid, Trotta.

— 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.

— 2008: «"Principia iuris": una discusión teórica», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 393-436.

— 2011: «Costitucionalismo principialista y costitucionalismo garantista», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-53.

GUASTINI, R., 2008: «Algunos aspectos de la metateoría de "Principia iuris"», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 253-260.

HABERMAS, J., 2002: *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, Madrid, Trotta.

JIMÉNEZ CANO, R., 2008: *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.

PRIETO, L., 2008: «"Principia iuris": una teoría no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 325-354.

— 2010: «Sobre la identificación del Derecho a través de la moral», en J. J. MORESO, L. PRIETO y J. FERRER, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

MANCINI, P. S., 1851: «Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti», Turín, Universidad de Turín.

[12] Al respecto, por ejemplo, *vid.* J. C. BAYÓN (2002) y R. JIMÉNEZ CANO (2008).

MORESO, J. J., 2010: «Tomates, hongos y significado jurídico», en J. J. MORESO, L. PRIETO y J. FERRER, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

NARVÁEZ, M., 2004: *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons.

RODOTÀ, S., 2010: *La vida y las reglas. Entre el Derecho y el no Derecho*, Madrid, Trotta.

SAUSSURE, F. DE 1945: *Curso de lingüística general*, Buenos Aires, Losada.

VITALE, E., 2010: *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Roma-Bari, Laterza.

SOBRE LA ODISEA CONSTITUCIONALISTA DE LUIGI FERRAJOLI*

Liborio L. Hierro

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. El ensayo de Ferrajoli que aquí se comenta parece estar destinado a subrayar las diferencias que separan el constitucionalismo garantista del neo-constitucionalismo principialista. Para construir el constitucionalismo garantista Ferrajoli proclamó la necesidad de abandonar totalmente el paradigma paleo-positivista pero, al hacerlo, se acercó peligrosamente a las tesis post-positivistas con las que quiere ahora marcar claras distancias. En este tránsito entre Escila y Caribdis, Ferrajoli ha formulado una teoría jurídico-formal de los derechos fundamentales que se sitúan en un mundo jurídico-positivo de nivel superior y de carácter objetivo, al que todos los mundos jurídicos inferiores están supeditados y por el que están limitados; tanto la producción normativa inferior, incluida la legislación formal, como la aplicación jurisdiccional se mueven en un ámbito delimitado por lo que no se puede decidir y lo que no se puede dejar de decidir. A pesar de sus esfuerzos por evitarlo, el constitucionalismo formal de Ferrajoli elude la cuestión de la última palabra y promueve el activismo, al menos el activismo de la jurisdicción constitucional.

Palabras clave: Ferrajoli, constitucionalismo, derechos fundamentales, democracia, objeción contramayoritaria.

ABSTRACT. Luigi Ferrajoli's paper discussed here seems to be intended to underline the differences that separate the positivist or normative constitutionalism from the non-positivist or principle constitutionalism. To construct the normative constitutionalism Ferrajoli proclaimed the need to totally abandon the paleo-positivist paradigm, but in doing so, came perilously close to the post-positivist thesis with which he now tries to keep clear distances. In this passage between Scylla and Charybdis, Ferrajoli has formulated a formal legal theory of the fundamental rights which are in a positive-legal world of a superior level and with an objective character, to which all inferior legal worlds are subordinates and by which they are limited; both lower production rules, including formal legislation, and the judicial application move in a limited scope so for that you can not decide and for what can not be left to decide. Despite their efforts to prevent this, Ferrajoli's formal constitutionalism evades the question of the last word and promotes activism, at least the activism of constitutional jurisdiction.

Keywords: Ferrajoli, constitucionalism, fundamental rights, democracy, counter-majoritarian difficulty.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

1. MOTIVO DEL VIAJE

El ensayo que Luigi FERRAJOLI nos ofrece para este nuevo debate convocado por la revista *Doxa* es un apretado resumen de su teoría constitucional a la que propone denominar «constitucionalismo garantista». La teoría de la constitución de Luigi FERRAJOLI, como es de sobra sabido, no constituye una parte de su teoría del Derecho sino que es su teoría del Derecho [1]. Si la *Teoría Pura del Derecho* de KELSEN —la *«Reine Rechtslehre»* de nuestros años jóvenes— pretendía ser una teoría general, completa y autónoma del Derecho, el «Constitucionalismo Garantista» pretende serlo del mismo modo; aquélla sería la teoría que culminó el paleo-iuspositivismo, teoría adecuada al Estado legislativo de Derecho, y ésta sería la teoría que abre una nueva etapa del positivismo jurídico, teoría adecuada al Estado constitucional de Derecho. No se habría producido —mirando así la cosa— una transformación del método de conocimiento sino más bien una transformación del objeto que se conoce [2]. Sería, por tanto, la transformación del Estado legislativo de Derecho en estado constitucional de Derecho el fenómeno histórico-social que nos obliga a abandonar aquella vieja teoría positivista del Derecho, que culminó en la *Teoría Pura,* para abrazar una nueva teoría positivista: el constitucionalismo garantista.

Ahora bien, con la publicación de sus *Principia iuris* parecía que Luigi FERRAJOLI había culminado su proyecto de formular el garantismo como teoría completa del Derecho del Estado constitucional. Por otra parte, toda su obra, desde *Derecho y razón* hasta los *Principia iuris*, ha sido objeto de amplios debates, especialmente en el ámbito latino [3], por lo que no parece impertinente preguntarse por qué FERRAJOLI nos ofrece en este nuevo ensayo otro resumen de su teoría. El ensayo —me parece— no aporta contenidos nuevos en ningún aspecto; mi impresión es, por ello, que FERRAJOLI pretende dejar claro, por si no lo estaba, la distancia que separa al constitucionalismo garantista del neo-constitucionalismo post-positivista.

Puesto que hace ya mucho tiempo que Luigi FERRAJOLI se propuso hacer esa travesía desde el territorio paleo-iuspositivista, que encontraba reflejado paradigmáticamente en la obra de KELSEN y no en mucho menor grado en la de BOBBIO, para llegar a un nuevo territorio teórico en el que garantismo y constitucionalismo se fundirían necesariamente para constituir la teoría del Estado constitucional de Derecho, y puesto que ahora quiere subrayar la distancia que, sin embargo, le separa del neo-constitucionalismo en boga, me ha parecido ilustrativo reconstruir su travesía como el difícil

---

[1] M. GASCÓN, 2005: 35; RUIZ MIGUEL, 2005: 211. El mismo FERRAJOLI anunció desde un principio el alcance «teórico y filosófico general» del garantismo (FERRAJOLI, 1995: 854).

[2] Algo similar a lo que ya se suscitó en los años setenta del siglo pasado cuando algunas voces reivindicaron el paso de una teoría estructural del Derecho, en la que se incluía al positivismo tradicional y a la *Teoría Pura,* a una teoría funcional, paso que vendría requerido porque «las transformaciones que el estado y el Derecho han sufrido en el siglo XX han convertido en inadecuados los conceptos elaborados por la teoría tradicional» (CALSAMIGLIA, 1979: 19) y que explicaría, en palabras de BOBBIO, «la imprevista emergencia y la rápida difusión de la perspectiva funcionalista» (BOBBIO, 1980: 265). Me parece curioso recordar ahora que también entonces sostuve que los defectos, por otro lado escasos, de la *Teoría Pura* estaban en la propia teoría y no venían obligados por los cambios en el objeto (HIERRO, 1981: 127).

[3] L. GIANFORMAGGIO (ed.), 1993; L. FERRAJOLI, L. BACCELLI *et al.,* 2001; M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), 2005; L. FERRAJOLI, 2006; L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, 2008; y varios en *Doxa,* 31, 2008.

trayecto entre Escila y Caribdis, lo que me permitirá luego plantear, como cuestión central, el bien conocido problema de las sirenas.

2. ESCILA O LAS ABOMINACIONES PALEO-IUSPOSITIVISTAS

El primer tramo de la travesía exigía huir de las amenazas del paleo-iuspositivismo que, como Escila, acechaba con sus seis horribles dogmas: coactividad, legalismo, imperativismo, coherencia, plenitud y logicismo interpretativo (RUIZ MIGUEL, 1980: 31). La hipótesis, formulada explícitamente por FERRAJOLI, era que este paradigma teórico nos impedía comprender la nueva realidad constitucional [4]. Algunos argumentos parecían especialmente aptos para confirmar esta hipótesis. Comentaré sólo tres de ellos, que me parece son a los que FERRAJOLI concede mayor relieve para justificar la necesidad de su travesía.

El primero es la distinción entre un deber ser constitucional del Derecho y un ser legislativo del Derecho, distinción que necesariamente se deriva de la configuración, en el paradigma constitucional, de diferentes niveles normativos, teniendo los más bajos un carácter fáctico respecto a los superiores y provocando, por ello, la presencia de antinomias y lagunas (FERRAJOLI, 2006: 28 y 2008 bis: 37 y 43) [5]. El segundo resulta una consecuencia inmediata del primero y estriba en la errónea teoría paleo-iuspositivista de los criterios para resolver antinomias normativas. De acuerdo con ella, los tres criterios clásicos —jerárquico, cronológico y de especialidad— operaban en términos similares derogando la norma superior a la inferior, la norma posterior a la anterior y la norma especial a la general. Vistos con los ojos de la nueva teoría las cosas son muy distintas; señala FERRAJOLI que los criterios cronológico y de especialidad tienen el carácter de meta-normas constitutivas y, por ello, inviolables, mientras que el jerárquico tiene el carácter de una meta-norma regulativa y, por ello, puede ser violada (FERRAJOLI, 2008 bis: 39 y 213) [6]. El tercero, finalmente, deriva en algún modo de los dos anteriores y consiste en la distinción, ignorada por el paleo-iuspositivismo, entre validez y vigencia, distinción que resulta necesaria para comprender cómo, bajo la estructura constitucional, podemos encontrar leyes vigentes que carecen de validez por ser contrarias a la constitución (FERRAJOLI, 2006: 60).

Como se puso de relieve en debates anteriores, en particular por José Juan MORESO (MORESO, 2008: 122 y 124), el problema de estos tres argumentos es que, siendo todos ellos acertados en los errores que constatan, no derivan exclusiva ni necesariamente del

---

[4] Con una formulación muy clara y rotunda en FERRAJOLI, 2008 bis: 216: «En definitiva, el sistema de categorías que nos ha proporcionado el paleo-iuspositivismo [...] no supera la prueba de su aplicación en el paradigma constitucional [...] el paleo-iuspositivismo debe ser radicalmente revisado».

[5] En FERRAJOLI, 2008 bis: 208, acepta la crítica de MORESO en el sentido de que la distinción vigencia-validez no es patrimonio del Estado constitucional, aunque insiste en que KELSEN no extrajo las conclusiones que de ella se derivan e insiste, luego, en la originalidad de la distinción (*ibid.,* 210).

[6] Aunque ahora no me ocuparé de ello, es sabido que —según FERRAJOLI— es precisamente este problema el que confiere «un inevitable papel normativo a la teoría con respecto a su propio objeto» (FERRAJOLI, 2001: 196). FERRAJOLI ha insistido, desde hace mucho y repetidamente, en que la teoría del constitucionalismo garantista no es sólo descriptiva sino que también es crítica, proyectual, normativa o pragmática (FERRAJOLI en GIANFORMAGGIO, 1993: 462; FERRAJOLI, 2008: 31 —un trabajo original de 1998—; 2008 bis: 68 y 192; *vid.* también PISARELLO y GARCÍA MANRIQUE en la «Introducción» a FERRAJOLI, 2008 bis: 12-13).

paradigma constitucional. No me parece, en efecto, que se pueda distinguir entre un deber ser constitucional y un ser legislativo del Derecho y no se pueda, al mismo tiempo, distinguir entre un deber ser legislativo y un ser reglamentario del Derecho, como tanto gustaba distinguir el Sr. Romanones[7]. La distinción entre aquel deber ser constitucional y este ser legislativo, nivel inferior al que FERRAJOLI atribuye con sorprendente artificio un carácter fáctico, no parece teóricamente distinta —creo— de la que se daría entre un deber ser legislativo y un ser reglamentario y, desde luego, las antinomias y las lagunas no han nacido al mundo jurídico por esa distinción de grado entre constitución y legislación. Los errores en la reconstrucción teórica de la forma en que operan los criterios jerárquico, cronológico y de especialidad, acertadamente señalados por FERRAJOLI, no se deben en absoluto al fenómeno histórico-social de la aparición de constituciones rígidas; son, por el contrario, simples errores teóricos. A ellos, por cierto, cabe añadir (contra, o más allá de, FERRAJOLI) que no siempre el criterio jerárquico opera de forma regulativa, sino sólo combinado con el cronológico, esto es: en la contradicción entre norma anterior superior y norma posterior inferior. Obviamente, cuando la norma superior es posterior deroga a la norma inferior, pero no la hace inválida durante el tiempo en que estuvo previamente en vigor. Finalmente hay que señalar que, ciertamente, la jurisdicción constitucional constituye —o debe constituir— una protección contra las leyes inconstitucionales pero que, cuando fracasa, puede dejar en vigor leyes inválidas. Pero cierto es, también, que la jurisdicción contencioso-administrativa (allí donde se desarrolló, como en España) constituye —o debe constituir— una protección contra los reglamentos ilegales. Y cierto es, del mismo modo, que, cuando fracasa, puede dejar en vigor reglamentos ilegales. En ambos casos el fracaso del control, bien sea porque nadie hace llegar a la correspondiente jurisdicción la cuestión de inconstitucionalidad/ilegalidad bien sea por un error en el juicio, deja vigentes normas inválidas de tal modo que la posible divergencia deóntica entre validez y vigencia no es consecuencia de la supremacía de la constitución, sino de la jerarquía del ordenamiento (cuando está establecida) y del carácter imperfecto de los procedimientos de control.

Me parece, pues, que ni la distinción entre un deber-ser-jurídico-superior y un ser-jurídico-inferior (que no es sino otro nivel de deber-ser-jurídico) —distinción derivada de la ordenación jerárquica de un sistema jurídico—, ni las antinomias y lagunas que virtualmente se derivan de esa estructura jerarquizada —en cuanto las normas inferiores pueden eventualmente contradecir a las superiores o dejarlas sin el debido desarrollo cuando es jurídicamente exigido por ellas—, ni la divergencia deóntica entre vigencia y validez —derivada de la imperfección del control que puede generar, en cualquier escalón del ordenamiento jurídico, la vigencia de normas inválidas—, ninguno de estos tres argumentos se deriva de la aparición de constituciones rígidas en los sistemas jurídicos contemporáneos.

En consecuencia, los errores que el paleo-iuspositivismo pudiera cometer al abordar estas cuestiones no son errores derivados de la nueva experiencia constitucional sino errores en la propia teoría paleo-iuspositivista.

---

[7] En atención a FERRAJOLI, y a otros posibles lectores no españoles, conviene indicar que D. Álvaro de Figueroa y Torres (1863-1950), primer conde de Romanones, fue un político liberal español, tres veces presidente del gobierno bajo el reinado de Alfonso XIII y en otras varias ocasiones ministro, presidente del Congreso y presidente del Senado. Se le atribuye tradicionalmente la frase: «¡Que ellos hagan las leyes mientras me dejen hacer los reglamentos!». Su sentido jurídico-político no requiere mayor comentario.

3. CARIBDIS O LOS RIESGOS NEO-CONSTITUCIONALISTAS

Lo cierto es que FERRAJOLI se situó de esta forma a la cabeza del neo-constitucionalismo europeo que, ya en 1989 cuando apareció la primera edición de *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, era una orientación renovadora y pujante en el pensamiento jurídico occidental. Desde entonces hasta hoy, y muy particularmente en la primera década del siglo XXI, la obra de FERRAJOLI no ha dejado de suscitar entusiasmo y polémica, principalmente en el pensamiento jurídico latino, aunque, curiosamente, gran parte del esfuerzo polémico de FERRAJOLI ha estado dedicado a distanciarse enérgicamente de las tesis centrales de las corrientes mayoritarias en el neo-constitucionalismo, las que podemos denominar post-positivistas o anti-positivistas, lo que —como indiqué al principio— me parece que constituye el eje central del ensayo que es objeto de este comentario. Es decir, FERRAJOLI eludió con valor las amenazas de Escila para, a continuación, enfrentarse a los mucho más peligrosos riesgos de Caribdis: el objetivismo moral, la vinculación necesaria entre el Derecho y la moral, y el activismo judicial [8].

Es sabido que, desde un principio, FERRAJOLI había sido avisado de estos tres peligros por sus críticos. Unos habían indicado que, a pesar de su confesión constante de positivismo [9], su teoría implicaba un cierto objetivismo ético que le hacía «criptoiusnaturalista», en palabras de Ermanno VITALE (VITALE, 2001 bis: 277 y 280); otros habían subrayado que su definición de los derechos fundamentales suponía un cierto «fundamentalismo», una especie de legalismo-ético en el que, si el Derecho no se fundía con la moral, al menos la moralidad de los derechos se positivizaba en los derechos fundamentales cercenando la supuesta capacidad crítica de la teoría garantista (MARTÍ, 2005: 365); finalmente no pocos denunciaron que el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI era un constitucionalismo «fortísimo» que conducía de forma inevitable, a pesar de sí mismo, a un activismo judicial y a una devaluación de la democracia (PINTORE, 2001: 246; DE LORA, 2005: 259). Otra parte de sus críticos habían aprovechado el acercamiento de FERRAJOLI a estos peligros para intentar, como Caribdis, «succionar su barco entero» invitando a FERRAJOLI a dar el paso final hacia el neo-constitucionalismo post-positivista (GARCÍA FIGUEROA, 2005: 274; ATIENZA, 2008: 216; ATIENZA, 2008 bis: 165) [10].

FERRAJOLI en este ensayo ratifica, en estas tres cuestiones, argumentos que ya había esgrimido antes aunque, al hacerlo, me parece que rectifica suavemente algún aspecto

---

[8] En el ensayo que ahora comento, FERRAJOLI discute —junto al riesgo de dogmatismo del cognoscitivismo moral, emparejado con la vinculación entre Derecho y moral, y el riesgo de activismo judicial, emparejado con el método de la ponderación— el riesgo de debilitamiento de la normatividad de la constitución, emparejado con la distinción entre principios y reglas. En mi comentario no voy a incluir este tercer aspecto por meras razones de economía expositiva.

[9] FERRAJOLI siempre ha reafirmado su positivismo, entendido —a partir de la conocida distinción de BOBBIO— como aproximación al estudio del Derecho, y ha negado ser positivista tanto en el sentido ideológico como en el sentido teórico-jurídico (FERRAJOLI, 2008 bis: 169-170).

[10] Algunos otros han hecho a FERRAJOLI invitaciones más limitadas o discretas; por ejemplo, José Juan MORESO, que defiende un positivismo incorporacionista, sólo invita a FERRAJOLI a que haga espacio en el garantismo a la objetividad moral (MORESO, 2008 bis: 132) y Luis PRIETO, uno de los autores españoles más cercanos al garantismo, que echa en falta en el garantismo un lugar para la teoría de la argumentación y, con ella, para la ponderación como método (PRIETO, 2005: 53, y PRIETO, 2008: 352 y 353 *in fine*) .

importante y, una vez más, elude una cuestión que, en mi opinión, resulta fundamental para la teoría y la práctica constitucional, a la que dedicaré el siguiente apartado. Frente al neo-constitucionalismo post-positivista, al que propone denominar «principialista» o «argumentativo» [tomando los adjetivos —como él mismo recuerda— de Luis PRIETO y Alfonso GARCÍA FIGUEROA (PRIETO, 1997: 65, y GARCÍA FIGUEROA, 1998: 69)], que pretende restaurar una relación necesaria, o al menos necesaria en los sistemas constitucionales, entre el Derecho y la moral, el constitucionalismo garantista o «normativo» no admite, ni como tipo de sistema jurídico, ni como teoría del Derecho, ni como filosofía política, una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Acusa FERRAJOLI al constitucionalismo principialista de ser la «enésima versión insidiosa del legalismo ético» e incluso de convertirse en una «ideología no-liberal», aunque prudentemente admite que «más allá de la intención de sus autores». No creo, desde luego, que para sostener la tesis positivista de la separación —es decir, la no conexión conceptual entre Derecho y moral— sea necesario suscribir el no cognoscitivismo moral. En realidad, un no cognoscitivista, como FERRAJOLI o yo mismo, tiene que sostener la tesis de la separación pero la misma tesis puede —y, en mi opinión, debería— ser compartida también por un cognoscitivista [11]. Tampoco me parece acertado sostener que el cognoscitivismo moral —que, insisto, yo no comparto— conduce inevitablemente al absolutismo moral y alcanza su forma más coherente en la moral católica. Hay muchos cognoscitivistas, y otros objetivistas morales de variada condición metaética, que afirman la libertad como valor moral primario, al que otros valores quedan sub-ordinados, lo que no es anti-liberal ni incoherente, y creo que a ese grupo pertenecen la mayor parte de los neo-constitucionalistas principialistas. Pero tampoco es mi intención extenderme en esta complicada cuestión sino tan sólo subrayar que FERRAJOLI reafirma su posición no-cognoscitivista y separacionista y, con ello, su fidelidad, en este punto, al positivismo; como ya había sostenido FERRAJOLI antes, de forma explícita y con toda razón, la positivación constitucional de ciertos valores morales sigue siendo algo contingente y «decir que el "Derecho", en virtud de esta positivación, es únicamente el justo (o moral), siendo su moralidad una connotación de su "concepto", y que además el Derecho justo (o moral) es precisamente el que expresan nuestras constituciones, constituye [...] una mezcla de iusnaturalismo y de legalismo ético» (FERRAJOLI, 2006: 43).

Sobre el activismo judicial ha llovido mucho desde que FERRAJOLI, en 1998, pusiese el énfasis en que la constitución «cambia en segundo lugar la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley [...] impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional o de la denuncia de su inconstitucionalidad» (FERRAJOLI, 2008: 31). Obviamente este es un argumento al que FERRAJOLI no ha tenido que renunciar si bien parece que en fechas más recientes el acento se sitúa en una sujeción «rígida» del juez a la ley (FERRAJOLI, 2006: 61) y en un distanciamiento crítico del método de la ponderación en favor de la subsunción (*ibid.:* 92 y 97) [12].

---

[11] GARCÍA FIGUEROA propone una interesante combinación de la tesis cognoscitivista («existe un orden moral objetivo») y la tesis de la vinculación («existe una relación conceptual entre el Derecho y ese orden moral») en la que el iusnaturalismo deontológico y el positivismo cognoscitivista comparten la afirmación de la primera y el rechazo de la segunda (GARCÍA FIGUEROA, 2005: 269-273).

[12] Es importante, creo, señalar la insistencia de FERRAJOLI en que ponderación y subsunción son, a fin de cuentas, similares en el plano epistemológico-jurídico que, para él, es fuertemente cognoscitivo y que, en el

Yo suscribiría en conjunto todos estos argumentos pero queda pendiente un problema. El cognoscitivismo interpretativo que, cada vez de forma más rotunda, propugna FERRAJOLI supone que los derechos fundamentales incluidos en una constitución deben estar —y normalmente están— claramente determinados. Lo que queda para el legislador es establecer sus garantías, pero los derechos fundamentales no son en ningún modo disponibles para el legislador, ni para la jurisdicción, ni —claro está— para los particulares [13]. La indisponibilidad de los derechos implica, como condición necesaria, su determinación, su carácter definitivo y no *prima facie* [14], y genera, como consecuencia, la imposibilidad de conflictos entre ellos. Que ello pueda llegar a ser así si se retoma «el programa ilustrado de Gaetano FILANGIERI y de Jeremy BENTHAM de una "ciencia de la legislación", integrándolo con el programa de una "ciencia de la constitución", como la llamó Giandomenico ROMAGNOSI» es más que dudoso; que hoy por hoy no hay constitución alguna cuyos enunciados de derechos, en muchos o en todos los casos, no adolezcan de vaguedad o indeterminación, y que algunos o todos los derechos enunciados no puedan entrar eventualmente en conflicto con otros derechos, es, por el contrario, algo que no permite albergar duda alguna [15]. Y el problema sencillamente es quién tiene la última palabra sobre el alcance y la prevalencia de los derechos fundamentales cuando su alcance no es claro o cuando entran en conflicto.

---

escaso margen de discreción que queda al interpretar normas, tanto hay varios mundos constitucionalmente posibles para el juez constitucional como mundos legislativamente posibles para el juez ordinario, como afirmó contestando a MORESO (FERRAJOLI, 2006: 92 y 97).

En el trabajo que ahora comento FERRAJOLI es, si cabe, más contundente que nunca en este aspecto: «La idea de que las normas constitucionales no son normas rígidamente vinculantes [...] ha favorecido el desarrollo de una inventiva jurisprudencial puesta de manifiesto en la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución [...] Paralelamente al debilitamiento del carácter vinculante de las normas constitucionales a pesar de su rigidez, se avala de este modo, a través de la contraposición del balanceamiento a la subsunción, el debilitamiento del carácter tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción, en el que reside su fuente de legitimación, y se promueven y alientan tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial [...] el paradigma garantista del constitucionalismo rígido requiere que el poder judicial sea lo más limitado posible y vinculado por la ley y por la constitución... la legitimidad de la jurisdicción se funda, a mi parecer, en el carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley».

[13] Dice FERRAJOLI «que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado. En virtud de su indisponibilidad activa, no son alienables por el sujeto que es titular [...] Debido a su indisponibilidad pasiva, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado; ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, la libertad o de mis derechos de autonomía» (FERRAJOLI, 2001: 32; en el mismo sentido, contestando a PINTORE, *ibid.:* 349-350 y 368). Naturalmente esto sólo puede sostenerse creyendo que no hay nunca nada que decidir sobre el alcance de un derecho fundamental y que nunca entra en conflicto con otro. Sobre la posición de FERRAJOLI respecto a los conflictos, *vid.* MORESO, 2008: 284, y un análisis más amplio en PRIETO, 2008: 340-351.

[14] Sobre la distinción entre derechos *prima facie* y, de un lado, derechos absolutos o, de otro, derechos finales o definitivos, *vid.* HIERRO, 2002: 67, nota 84.

[15] En la nota 72 FERRAJOLI pone el ejemplo de la tortura para indicar que, según el constitucionalismo garantista, «la inmunidad frente a la tortura no consiente excepciones». Aceptando el argumento, lo que no queda resuelto es qué es y qué no es tortura. FERRAJOLI dirá que hay que fijar un concepto dogmático de tortura, como tenemos fijado el concepto dogmático de «hurto» (FERRAJOLI, 2008 bis: 180); todos aceptamos que el concepto jurídico-dogmático de hurto, aun siendo de elaboración doctrinal, queda establecido por una decisión del legislador; incluso si lo que quiere el legislador es modificar un concepto que ha resultado de la elaboración jurisprudencial. La cuestión estriba, precisamente, en quién establece el significado y alcance de un concepto constitucional como el de «tortura»; ¿el legislador o el tribunal constitucional?

4. LAS SIRENAS O ¿A QUIÉN ATAMOS AL MÁSTIL?

Esta cuestión no es, por supuesto, nueva. Ha sido objetada al constitucionalismo garantista de FERRAJOLI en repetidas ocasiones (VITALE, 2001: 64 y 71; BOVERO, 2001: 234-237; PINTORE, 2001: 263; DE LORA, 2005: 252 y 259; GREPPI, 2005: 353-354; MARTÍ, 2005: 387-388; SALAZAR, 2005: 442). FERRAJOLI ha contestado varias veces (a VITALE en FERRAJOLI, 2001: 148; a PINTORE, *ibid.*: 323-329 y 342; a DE LORA y a GREPPI en FERRAJOLI, 2006: 95-96) pero me parece que siempre ha eludido la cuestión [16].

La cuestión es que la democracia constitucional, a diferencia del llamado modelo de Westminster, implica la posibilidad de que los tribunales declaren la invalidez de una disposición legal por ser contraria a la constitución (el «control jurisdiccional de constitucionalidad») con lo que la mayoría parlamentaria queda, por así decirlo, maniatada por el carácter normativo de la constitución. El problema es que este carácter normativo, así garantizado, se traduce, en realidad no sólo y no tanto en estar limitado por lo que la constitución dice, sino también en estar limitado por lo que los jueces interpretan que la constitución dice y, al mismo tiempo, por la dificultad para reformar la constitución, reforma que se hace inevitable no sólo en el supuesto de que la mayoría parlamentaria no esté de acuerdo con lo que la constitución dice, sino en el supuesto de que simplemente no esté de acuerdo con lo que los jueces interpretan que la constitución dice. Control y rigidez resultan ser dos piezas coherentes entre sí de un mismo engranaje, aun cuando los norteamericanos, inventores del modelo, ya comprobaron, cuando quisieron introducir legislación social, hasta qué punto este engranaje entregaba el poder a los jueces a costa del parlamento.

Ya he señalado en alguna otra ocasión que, desde el punto de vista de los derechos, los muchos y diferentes argumentos que se utilizan para explicar y defender el modelo de la «democracia constitucional» —es decir: las dos restricciones a las decisiones de la mayoría que lo caracterizan— podrían reducirse básicamente a tres: *a)* que las restricciones son necesarias para garantizar *los derechos de todos,* derechos que la mayoría reconoce en el momento constituyente, contra futuras decisiones de la mayoría que pudieran desconocerlos o limitarlos; *b)* que las restricciones son necesarias para garantizar *los derechos de algunos,* algunos que son minoría, contra las decisiones de la mayoría que pudieran desconocerlos o limitarlos, y *c)* que las restricciones son necesarias para garantizar *algunos derechos,* los derechos de especial importancia para la propia estructura democrática de decisión, contra las decisiones de la mayoría que pudieran desconocerlos o limitarlos [17].

---

[16] En mi opinión la formulación más brillante de esta objeción la hizo Anna PINTORE (PINTORE, 2001: 263) a la que FERRAJOLI respondió, sustancial y sorprendentemente, recurriendo a la dimensión descriptiva del garantismo: «se trata, en suma, de tesis explicativas, en absoluto normativas, dado que ofrecen únicamente una explicación de la estructura del Estado ("constitucional" y no simplemente "legislativo") de Derecho [...] Las cosas son así, independientemente de nuestras opciones filosóficas o políticas, y la teoría del Derecho sólo tiene la tarea de dar cuenta de ello» (FERRAJOLI, 2001: 342 y 350). Por qué en esta cuestión FERRAJOLI abandona el carácter paradigmático del constitucionalismo y la dimensión normativa de la teoría garantista es algo que resulta poco comprensible.

[17] Cabe argumentar también que las restricciones a las decisiones mayoritarias que se derivan de la rigidez y el control son simplemente consecuencias necesarias de adoptar una constitución de carácter normativo. Creo que éste es el argumento de FERRAJOLI, coincidente con el que aparece formulado en la conocida senten-

Que se trata de garantizar los derechos de todos es el argumento que popularizó Jon ELSTER en su conocido libro de 1979 (*Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality)*. La mayoría constituyente, temerosa —como Ulises— de poder estar sometida en el futuro a tentaciones que la inciten a privarse ella misma de las ventajas de un mundo en que los derechos de todos están reconocidos y protegidos y el poder está depositado en las decisiones de la mayoría, se somete a sí misma a restricciones para garantizar que sus decisiones correctas de ahora no se vean modificadas por sus decisiones incorrectas en el futuro [18]. Un argumento que lleva a conclusiones similares y que, por ello, debe situarse también en este primer grupo es el que, por continuar con la comparación, afirmaría que a Ulises hay que atarlo, quiera él o no quiera, para que no intente tomar luego una decisión que en realidad no sería competente para tomar. Creo que ese es el argumento formulado por Ernesto GARZÓN VALDÉS —en unos pasajes, brevísimos pero de enorme influencia, que aparecen en un trabajo de 1989 titulado *Representación y Democracia*— al afirmar que los derechos forman parte de los bienes básicos que están dentro de un «coto vedado» porque «deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentario» (GARZÓN, 1993: 644). Lo que está dentro del coto vedado son determinados bienes básicos para cualquier plan de vida que no pueden quedar al albur de la negociación y el compromiso que son propios de la decisión mayoritaria en el diseño democrático. Una constitución puede «reconocer» o «declarar» esos bienes básicos, entre los que están los derechos humanos, pero no es ella la que los crea y los define sino que le vienen éticamente impuestos: «constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal [...] vale la prohibición de reforma [...] y el mandato de adopción de medidas tendentes a su plena vigencia» (*ibid.*, 649).

El segundo argumento es el que señala que los derechos humanos deben ser especialmente protegidos frente al riesgo de que las decisiones de la mayoría desconozcan o limiten los derechos de las minorías [19]. No se trata de la mítica hipótesis de que Ulises sea hechizado por las sirenas y se autodestruya sino de la más plausible hipótesis de que, en caso de apuro, Ulises decidiera sacrificar un par de grumetes. Éste fue un argumento sostenido por KELSEN, entre otros muchos, e influyentemente reconstruido por Ronald DWORKIN. Dice DWORKIN que «la institución de los derechos [...] representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad serán respetadas» y afirma, por ello, que «los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos» (DWORKIN, 1984: 303 y 37). Lógicamente si los derechos son «triunfos» («comodines») que cualquier individuo puede esgrimir con éxito contra cualquier decisión de la mayoría, las decisiones de la mayoría quedan limitadas por los derechos. La rigidez y el control no son más que los instrumentos institucionales

---

cia del juez Marshall, pero, en tal supuesto, hay que aportar argumentos filosófico-políticos para justificar por qué es mejor tener una constitución que no tenerla.

[18] ELSTER denomina a esta estrategia como «precompromiso» *(precommitment)* y define su primer requisito en estos términos: *«(i)To bind oneself is to carry out a certain decision at time t_1 in order to increase the probability that one will carry out another decision at time t_2»* (ELSTER, 1984: 39). Aunque ELSTER no se refiere directamente a los derechos, sí subraya expresamente que una buena parte de las instituciones típicas de las democracias modernas obedecen a la estrategia del «precompromiso» y, en particular, la de establecer una constitución dotada de cierta rigidez (*ibid.,* 89, 94 y 102-103).

[19] W. J. WALUCHOW considera que éste es el mejor argumento en favor de una declaración de derechos atrincherada constitucionalmente y lo denomina «argumento estándar» (WALUCHOW, 2009: 185-186).

tendentes a garantizar el cumplimiento efectivo de esa regla del juego: que cuando alguien esgrima un derecho frente al criterio de la mayoría, el Derecho gana y la mayoría pierde.

El tercer tipo de argumentos, por fin, sería el de quienes defienden que las restricciones a las decisiones de la mayoría no se justifican para proteger los derechos de todos ni para proteger los derechos de algunos, sino que se justifican sólo para proteger algunos derechos. La rigidez y el control, para este tipo de argumentos, sólo se justificarían en relación con ciertos derechos que son constitutivos de las reglas del propio juego democrático: los derechos de participación política. Esto es lo que suele denominarse el «principio de Blackstone» porque fue enunciado por William BLACKSTONE, ya en el siglo XVIII, como limitación única de la soberanía parlamentaria: «Las leyes del parlamento derogatorias del poder de parlamentos posteriores no son obligatorias» (BAYÓN, 2003: 409, nota 11). En la discusión contemporánea este argumento ha sido defendido con éxito por John HART ELY en un libro de 1980 *(Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*) en que se sostiene que el control judicial de constitucionalidad tiene como única justificación la garantía de las reglas del juego democrático [20].

Con frecuencia se toma la regla que formuló James Bradley THAYER, en un artículo publicado en 1893 en la *Harvard Law Review* —una regla de auto-contención para los «los tribunales que enjuician los actos legislativos»— como el origen de una tradición que ha venido señalando la contradicción que el diseño de la democracia constitucional implicaría para el propio principio democrático al atribuir a un órgano no democrático la decisión sobre qué cabe y qué no cabe dentro de la constitución. Ya muy entrado el siglo XX, Alexander M. BICKEL publicó, en el año 1962, un libro titulado *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* en el que da forma a la hoy denominada «objeción contra-mayoritaria» [21]. En las décadas posteriores esta línea argumentativa ha sido continuada, sobre todo, en la obra de Jeremy WALDRON (en particular, *The Dignity of Legislation*, de 1999) que ha obtenido una notable influencia. A partir de ahí cabe recopilar los argumentos que la objeción u objeciones contra-mayoritarias esgrimen, ordenándolos en relación con los argumentos favorables a las restricciones constitucionales que acabo de proponer.

Naturalmente la primera y más fácil objeción es la que se refiere a la metáfora de Ulises. Mientras Ulises es una persona que toma decisiones estratégicas respecto a sus propias decisiones futuras, una mayoría constituyente no es, en ningún caso, la misma mayoría legislativa (o constituyente) futura sobre la que se toman las decisiones. El

---

[20] «[...] derechos de esta índole, explícitamente mencionados o no, deben sin embargo ser protegidos de manera estricta, porque son decisivos para el funcionamiento de un proceso democrático abierto y efectivo» (ELY, 1997: 133). La propuesta de ELY es que la falta de legitimidad democrática del poder judicial obliga a que su función de control constitucional se limite al arbitraje de las reglas del juego —vigilar el proceso de representación, mantener despejados los canales del cambio político y facilitar la representación de las minorías— mientras que la selección de valores sustantivos debe quedar en exclusiva atribuida al proceso democrático de decisión.

[21] ELY sale vigorosamente en defensa de BICKEL, frente a la sugerencia de que había vivido bajo la contradicción de ser «liberal» en cuestiones políticas y conservador en su concepción de la función judicial, afirmando que no hay tal contradicción ya que «es perfectamente posible ser un liberal auténtico en política y al mismo tiempo creer, por respeto al proceso democrático, que la Corte no debe intervenir en los juicios de valor de la legislatura» (ELY, 1997: 95).

argumento de Ulises tiende a ocultar que, en el caso de las restricciones constitucionales, lo que más bien ocurre es que una generación establece restricciones sobre las decisiones de generaciones futuras [22]. Si, dejando al margen el argumento Ulises, nos referimos a la interpretación más seria del «coto vedado» la objeción principal estriba en que este argumento requiere una fuerte convicción cognoscitivista sobre la objetividad de los valores que, nuevamente, parece implicar que una generación impone sus convicciones morales «objetivas» sobre las generaciones futuras. El problema, en todo caso, estriba en que, aun admitiendo una hipotética zona clara de objetividad o consenso moral, las decisiones legislativas controvertidas nunca son las que se pronuncian sobre esa eventual zona clara sino las que se pronuncian sobre las zonas de penumbra que la rodean (los límites de la vida, los conflictos de derechos, las situaciones excepcionales, etc.) y en estas zonas de penumbra el problema sigue siendo a quien corresponde tener la última palabra. Es decir: aun admitiendo que haya una zona intangible dentro del coto vedado, el problema es que tenemos que seguir tomando decisiones sobre los límites de esa zona, lo que está dentro y lo que no está dentro de ella. Parecidos son los argumentos contra la idea de DWORKIN. Sería fácil convenir que, cuando alguien tiene un derecho, el derecho funciona como un comodín contra cualquier decisión mayoritaria sobre lo que la mayoría entiende como el bien común, así como contra cualquier tipo de cálculo utilitario o de preferencia política general; el problema, sin embargo, subsiste cuando el objeto de la controversia es precisamente si alguien tiene o no tiene un derecho. Decir que los derechos son límites a las decisiones de la mayoría sería aceptable, tanto en la formulación general del «coto vedado» como en la formulación particular de la «protección de los derechos de la minoría», pero no resuelve la cuestión cuando lo controvertido son precisamente los propios derechos [23].

El argumento hoy más extendido es el que fue esgrimido por Jeremy WALDRON. Enunciado brevemente el argumento afirma que el derecho de participación política no es un derecho entre los demás sino algo así como el «derecho de los derechos» [24]. En estos términos, WALDRON no trata de justificar una rigidez o una protección especial de este derecho sino, muy por el contrario, trata de objetar cualquier restricción a las decisiones de la mayoría como una restricción de este derecho. Si el derecho de igual participación en las decisiones colectivas es la madre de todos los derechos, entonces no cabe justificar, en nombre de los derechos, las restricciones que como la rigidez y el control de constitucionalidad de la legislación lo que hacen es otorgar un valor desigual a la participación de unos sobre la de otros; en el caso de la rigidez, porque se prima la opinión de las minorías al requerirse mayorías cualificadas; en el caso del control, porque se prima la opinión de la mayoría de un pequeño grupo de jueces sobre la de las mayorías parlamentarias. Precisamente por eso el «principio de Blackstone» no

---

[22] Es importante señalar que ELSTER fue perfectamente consciente de esta objeción a la que bautiza como «la paradoja de la democracia»: «*...each generation wants to be free to bind its successors, while not being bound by its predecessors*» (ELSTER, 1984: 93). Las críticas a la metáfora de Ulises son muy frecuentes; *vid.* WALDRON, 2005: 322; WALUCHOW, 2009: 232, o, entre nosotros, LINARES, 2008: 50-51.

[23] Jeremy WALDRON ha denominado a esta objeción como el «misterio de Dworkin»; como WALDRON señala «las personas discrepan acerca de qué derechos tenemos» (Waldron, 2005: 20).

[24] WALUCHOW, por su parte, ha devuelto a WALDRON la crítica que éste lanzaba sobre DWORKIN (el «misterio de Dworkin») señalando como «dilema de Waldron» el hecho —bastante obvio— de que «el desacuerdo también puede extenderse al principio mayoritario mismo» (WALUCHOW, 2009: 350).

requiere ni permite un blindaje de los derechos de participación política sino, sencillamente, mantener vigente el principio de la soberanía parlamentaria[25].

5. LLEGADA

FERRAJOLI da por sentado que la rigidez es un «rasgo estructural» de las constituciones (FERRAJOLI, 2008 bis: 91-92) y no parece simpatizar con su cuestionamiento aunque, en el calor del debate, se incline por introducir una justificación aparentemente novedosa: no se trata, con la rigidez y el control, de atar las manos de las generaciones futuras para garantizar todos los derechos de las generaciones futuras: «las normas sobre la rigidez constitucional [...] sirven para garantizar el futuro de la democracia, de los derechos fundamentales, y con ellos precisamente, cualquier cosa que signifique este término, de la "soberanía popular" de las generaciones futuras; atando las manos, es cierto, a las generaciones en cada momento presentes, a fin de impedir que sean ellas las que amputen las manos a las generaciones futuras» (contestando a Pablo DE LORA, en FERRAJOLI, 2006: 107; en el mismo sentido, FERRAJOLI, 2008 bis: 96).

Algunos de sus críticos han insistido en que el argumento puede resultar «devastador» para la propia legitimidad democrática y para el principio moral de la autonomía que la sirve de justificación (PINTORE, 2001: 243; MARTÍ, 2005: 388, y SALAZAR, 2005: 442). Parece que, efectivamente, FERRAJOLI no sitúa ese principio ni aquella legitimidad como fundamentos de los derechos humanos y, por ello, rechaza con un argumento meramente retórico la objeción; retórico —digo— porque no cambia el problema al desplazar la presunta y discutible autoridad de una generación actual para atar las manos de las generaciones futuras a la igualmente presunta y discutible autoridad de una generación pasada (por cierto: ¿cuál?) para atar las manos de la generación presente. Lo que permite a FERRAJOLI eludir, de esta retórica forma, el problema planteado es su convicción en el carácter definitivo de los derechos fundamentales enunciados constitucionalmente. Éste es el soporte aparentemente firme en que él se apoya pero, en este punto, se equivoca. Para decirlo en pocas palabras: en Ítaca sigue habiendo graves problemas que resolver.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, M., 2008: «Tesis sobre Ferrajoli», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 213-216.

— 2008 bis: «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en FERRAJOLI, 2008 bis: 133-165.

BAYÓN, J. C., 2003: «Derechos, democracia y Constitución», en LAPORTA (ed.), 2003, 399-422.

BELLAMY, R., 2007: *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.

[25] Una excelente defensa de este enfoque se puede encontrar en un libro reciente de Richard BELLAMY. En sus propias palabras: «*This book has defended democracy against judicial review. It has done so not on the grounds that democracy is more important that constitutionalism, rights or the rule of law, but because democracy embodies and upholds these values*» (BELLAMY, 2007: 263).

BOBBIO, N., 1980: *Contribución a la teoría del Derecho*, edición de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor.

BOVERO, M., 2001: *Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta,* en FERRAJOLI, 2001, 215-242.

CALSAMIGLIA, A., 1979: *Prólogo,* en KELSEN, 1979, 7-21.

CARBONELL, M., y SALAZAR, P. (eds.), 2005: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta.

DE LORA, P., 2005: *Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo,* en CARBONELL y SALAZAR (eds.), 2005, 251-265.

DÍAZ, E., y COLOMER, J. L. (eds.), 2002: *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza.

DWORKIN, R., 1984: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel (orig.: *Taking Rights Seriously*, London, Gerald Duckworth & Co., 1977).

ELSTER, J., 1984: *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press (primera edición de 1979) (hay edición en español: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989).

ELY, J. H., 1997: *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre eds. [orig.: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambrigde (Mass.), Harvard University Press].

FERRAJOLI, L., 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta (orig.: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989).

— 2006: *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid, Trotta.

— 2008: *Democracia y garantismo* (edición de Miguel Carbonell), Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L.; BACCELLI, L.; BOVERO, M.; GUASTINI, R.; JORI, M.; PINTORE, A.; VITALE, E., y ZOLO, D., 2001: *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* en A. CABO y G. PISARELLO (eds.), Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L.; MORESO, J. J., y ATIENZA, M., 2008 bis: *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

GARCÍA FIGUEROA, A., 1998: *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2005: *Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli,* en CARBONELL y SALAZAR (eds.), 2005, 267-284.

GARZÓN VALDÉS, E., 1993: *Derecho, Ética, Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

GASCÓN, M., 2005: *La teoría general del galantismo,* en CARBONELL y SALAZAR (eds.), 2005, 21-39.

GIANFORMAGGIO, L. (ed.), 1993: *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli (hay edición en español: *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá, Temis, 2008).

GREPPI, A., 2005: *Democracia como valor, como ideal y como método,* en CARBONELL y SALAZAR (eds.), 2005, 341-364.

HIERRO, L. L., 1981: «La Teoría del Derecho desde la estructura a la función», en *Sistema*, núm. 42 (mayo 1981), 119-127.

— 2002: *El concepto de justicia y la teoría de los derechos,* en DÍAZ y COLOMER (eds.), 2002, 11-73.

KELSEN, H., 1979: *Compendio de teoría general del estado*, con estudio preliminar de L. RECASÉNS SICHES y prólogo de A. CALSAMIGLIA, Barcelona, Blume.

LAPORTA, F. J. (ed.), 2003: *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LINARES, S., 2008: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons.

MARTÍ, J. L., 2005: *El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales,* en CARBONELL y SALAZAR (eds.), 2005, 365-401.

MORESO, J. J., 2008: «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 279-287.

— 2008 bis: *Sobre «La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos» de Luigi Ferrajoli,* en FERRAJOLI, 2008 bis,117-132.

PINTORE, A., 2001: *Derechos insaciables,* en FERRAJOLI, 243-265.

PISARELLO, G., y GARCÍA MANRIQUE, R., 2008: *Introducción,* en FERRAJOLI, 2001, 9-24.

PRIETO, L., 1997: *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara.

— 2005: *Constitucionalismo y garantismo,* en CARBONELL y SALAZAR (eds.), 2005, 41-57.

— 2008: «*Principia Iuris*: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 325-353.

RUIZ MIGUEL, A., 1980: *Estudio preliminar. Bobbio y el positivismo jurídico italiano,* en BOBBIO, 15-64.

— 2005: *Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista,* en CARBONELL y SALAZAR (eds.), 2005, 211-132.

SALAZAR, P., 2005: *Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli,* en CARBONELL y SALAZAR (eds.), 2005, 429-445.

VITALE, E., 2001: *¿Teoría general del Derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli,* en FERRAJOLI, 2001, 63-73.

— 2001 bis: *Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales entre iusnaturalismo y positivismo,* en FERRAJOLI, 2001, 267-285.

WALDRON, J., 1999: *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press.

— 2005: *Derechos y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons (orig.: *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999).

WALUCHOW, W. J., 2009: *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law. Un árbol vivo*, Madrid, Marcial Pons (orig.: *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007).

SOBRE LUIGI FERRAJOLI Y EL CONSTITUCIONALISMO*

Francisco Laporta

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. El autor plantea una serie de objeciones al texto de Luigi Ferrajoli. En primer lugar, se refiere a la construcción por parte de Ferrajoli de una teoría que infiere de un modo exhaustivo, pero siempre deductivamente, el alcance de un complejo conjunto de términos primitivos y definiciones. En segundo lugar, el autor duda sobre la forma de ver y, sobre todo, de reconstruir el llamado «paradigma constitucional». En tercer lugar, el autor objeta el tratamiento que Ferrajoli hace de los conceptos de «validez» y «vigor» de las normas. En cuarto lugar, hace referencia a la definición que Ferrajoli realiza del constitucionalismo garantista, en concreto a la consideración de éste como mejora o complemento del positivismo jurídico que se logra gracias a que el constitucionalismo observa no sólo el «ser» sino el «deber ser» del Derecho. Finalmente, repasa las críticas que Ferrajoli realiza al constitucionalismo (la tesis de la separación entre Derecho y moral, la distinción entre principios y reglas y la crítica a la ponderación), expresando sus diferencias.

Palabras clave: Ferrajoli, constitucionalismo, validez y vigor, Derecho y moral, principios y reglas, ponderación.

ABSTRACT. In this paper, the author poses several general questions on Luigi Ferrajoli's paper. Firstly, he writes on Ferrajoli's construction of a theory that comprehensively infers, still always in a deductive way, the scope of a complex set of primitive terms and definitions. Secondly, the author questions his way to understand and particularly to reconstruct the so-called «constitutional paradigm». Thirdly, the author writes about Ferrajoli's approach to the concepts of «validity» and «enforcement» of rules. Fourthly, he discusses Ferrajoli's definition of garantist constitutionalism, particularly his conception of this sort of constitutionalism as an improvement or complement to legal positivism -inasmuch as constitutionalism respects both the being of the Law and its normative or ideal (must be) dimension. Finally, he revises the objections that Ferrajoli addressed to constitutionalism (the thesis of the separation between Law and morality, the distinction between principles and rules and the criticism of the weighting) introducing new arguments.

Keywords: Ferrajoli, constitucionalism, garantismo, validity and force, morals and law, rules and principles, weighing.

---

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

Ángeles Ródenas hizo valiosas precisiones y comentarios a este escrito. Me siento en deuda con ella por los errores y deslices que pude evitar con ello. La responsabilidad de lo que queda es, por supuesto, exclusivamente mía.

La obra de Luigi FERRAJOLI ha permanecido tan fiel a sí misma durante tantos años y ha sido objeto de tantos análisis y discusiones que parece imposible pretender ninguna originalidad al hacer comentarios sobre ella. No sé por ello si tiene mucho sentido volver hoy sobre objeciones que ya le han sido hechas y a las que, casi siempre rechazándolas, ya ha respondido. Por eso me inclinaré más bien por mostrar algunas dudas generales —tampoco, por lo demás, nuevas— que me han invadido a veces con su lectura, y comentar después, en términos más particulares, el texto que nos ofrece ahora sobre los dos tipos de constitucionalismo, el constitucionalismo llamado por él garantista y el constitucionalismo principialista. Helas aquí, un poco apresuradas y sumarias. Tómelas el lector (y el autor) más como perplejidades o dudas generales mías que como críticas minuciosas y elaboradas.

1. Hay una conocida propiedad de los sistemas deductivos que quisiera invocar para empezar. Como es sabido, sus conclusiones no amplían nuestro conocimiento del mundo; se limitan a mostrarnos explícitamente aquello que ya estaba implícito en sus axiomas y premisas. Es decir, que lo único que nos enseñan todos los corolarios y derivaciones que obtenemos de ellos, si somos rigurosos en las operaciones e inferencias, es el alcance exacto que tienen las proposiciones de las que hemos partido como estipulaciones primarias. Con su proverbial rigor, Luigi FERRAJOLI construye una teoría axiomatizada del Derecho de esta naturaleza, es decir, una teoría que infiere de modo exhaustivo, pero siempre deductivamente, el alcance de un complejo conjunto de términos primitivos y definiciones; pero, naturalmente, con ello no nos ha dicho nada del mundo, del mundo del Derecho en este caso, sino del potencial lógico-normativo que encierran en sí esos términos primitivos y definiciones interpretados exactamente como él lo hace mediante esa gran estipulación originaria. La teoría crea así una suerte de lenguaje normativo artificial en el que están todas las conclusiones posibles obtenidas a partir de las premisas y teoremas. Y que goza, cómo no, de las consabidas propiedades de consistencia y completud. De modo tal que a partir de él no puede hablarse de cosas tales como inmoralidad o injusticia de ese lenguaje normativo sino de mera inconsistencia o de mera incompletud (como es sabido, en la teoría de FERRAJOLI el Derecho «ilegítimo» lo es en virtud de una inconsistencia entre normas cuando es producto de una acción normativa, y en virtud de una incompletud cuando es producto de una omisión normativa). Y por lo que respecta a la validez de las conclusiones y corolarios, sólo puede hablarse de validez lógica, es decir, de la validez propia de un buen argumento que parte de premisas verdaderas y respeta las reglas de inferencia.

Naturalmente esto lo sabe perfectamente FERRAJOLI. Lo ha dicho desde siempre. Ya en 1983 escribía, efectivamente, que el lenguaje de la teoría del Derecho «es un lenguaje elaborado artificialmente, carente de referencia semántica directa con entidades observables, y por ello empleable en la formulación de conceptos y de asertos que, si bien resultan confirmables en la medida en que alcanzan a explicar y a sistematizar los resultados de la experiencia observadora, no están sin embargo conectados directamente con ella y se desarrollan deductivamente según una sintaxis explícita y rigurosamente preestablecida» [1]. Para añadir, algunos párrafos después, que «los conceptos de la teoría del Derecho se introducen a través de *definiciones estipulativas* o *convenciones*

[1] L. FERRAJOLI, «La semantica della teoria del diritto», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali.* A cura de U. SCARPELLI, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, 105-106.

establecidas por el teórico mismo y por él asumidas libremente en vistas a la finalidad explicativa perseguida por la teoría, así como son asumidos libremente los postulados que, unidos a las definiciones, representan las premisas a partir de las cuales, si la teoría está organizada de forma axiomatizada, se desarrollan deductivamente todas las demás tesis y teoremas de la teoría»[2]. En parecidos términos se sigue expresando todavía hoy en unos y otros escritos[3].

Ahora bien, una propiedad que anima al lenguaje así construido es que el alcance tanto de los axiomas, como de los corolarios, deducciones y teoremas, así como el de las reglas de su gramática, está, en su poder significativo, libre de contexto alguno. Es una pura estipulación del teórico, como dice FERRAJOLI, y no puede estar sujeto a ninguna polisemia o ambigüedad que pudiera derivarse de un determinado contexto de uso, pues si lo estuviera su axiomatización sería lógicamente imposible. Su significado se fija de una vez por todas y no cabe reinterpretarlo o darle otro alcance semántico en función de los contextos posibles de emisión. Y sin embargo, FERRAJOLI afirma que tiene una base empírica y que cumple tareas pragmáticas en función de la interpretación que de él se dé. Este paso desde un sistema de significados cerrado sobre sí mismo a su aplicación a la realidad no acabo de verlo claro. Si tal lenguaje pretende cumplir funciones explicativas respecto del mundo, o, más aún, funciones críticas frente a él, ambas tendrán que ser siempre relativas a ese lenguaje, e imposibles, por tanto, de ser generalizadas como válidas fuera de él. Y por lo que respecta en particular a las funciones críticas, ha de estar siempre alerta ante el evidente riesgo de incorporar en los axiomas, definiciones y teoremas ciertos juicios de valor que después se presentan como pautas formales para hacer la crítica de la realidad normativa empírica, con lo que estaríamos en realidad ante un lenguaje ético o político suprapositivo (una suerte de Derecho natural) por mucho que se presentase con la asepsia de una axiomática neutral.

2. Otra duda que someto aquí a consideración se refiere a la forma de ver, y sobre todo de reconstruir, el llamado «paradigma constitucional». Dejando a un lado mi preferencia por teorías del Derecho de más alcance, creo sin embargo que la elaboración conceptual de la noción misma de «Constitución» que se efectúa a partir de las premisas normativas puede tener algún problema. La Constitución en ese nuevo «paradigma» se presenta con dos rasgos básicos: en primer lugar, se sitúa en el vértice del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, está dotada de rigidez, en el sentido de que es inaccesible a las competencias cotidianas del legislador. No se menciona, aunque parece pretenderse que se deduce de ello, que la constitución tiene un fuerte carácter vinculante, que es normativa, obligatoria, o como quiera que eso se exprese[4]. Ahora bien, para presentar la génesis de su concepto se recurre a una secuencia conceptual como la siguiente: se parte de un término primitivo («constituyente») que designa situaciones no producidas por ninguna causa, actos ejercidos en tales situaciones y sujetos que se encuentran en ellas y producen esos actos[5]. Con ese término primitivo —se

---

[2] *Ibid.,* 109.

[3] Por ejemplo en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 27 y ss., o, en fin, en *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democracia,* Editori Laterza, 2007, I, 19.

[4] En el trabajo que discutimos aquí sobre el constitucionalismo garantista esa fuerza vinculante, esa normatividad de la Constitución juega obviamente un papel decisivo.

[5] En *Principia Iuris,* cit., 89.

afirma— se pretenden evitar nociones como la de «soberanía» o la de «norma hipotética fundamental». Pero la particularidad originaria y fundadora que denota ese término se manifiesta sobre todo en que es siempre ajeno a todo tipo de «regulación», no tiene, pues, ninguna denotación ni alcance normativo. Ni la situación constituyente, ni el sujeto constituyente, ni el acto constituyente ni el poder constituyente están sometidos a reglas (100). Se trata de una situación *de facto* que es habitada por un sujeto «natural» (no artificial) (299, nota 36), que no realiza actos normados sino actos «brutos», naturales, en virtud de facultades que no están previstas en normas sino que son un puro poder hacer de hecho, el poder constituyente (328) [6]. Es ese poder el que genera la Constitución.

Pues bien, hay aquí al menos dos incógnitas para mí. La primera de ellas es que en algún lugar de la cadena que va desde una pura situación fáctica a una constitución normativa ha de haberse producido un salto lógico cuestionable. Para FERRAJOLI la Constitución es algo con un alcance normativo muy acentuado. Esto quiere decir que allí donde la Constitución dice que algo «debe ser hecho», ese algo debe ser hecho. Tiene pues una vinculatoriedad evidente. Pues bien, no entiendo muy bien de dónde puede obtener esa vinculatoriedad si es el precipitado de una secuencia de acciones humanas que se producen en el puro mundo de los hechos.

La segunda incógnita proviene para mí del empleo, por otra parte muy aceptado, de la idea misma de poder constituyente originario. En la literatura al uso, y también en nuestro autor, esa actividad que se postula como existente y real —acciones de hombres y mujeres de «carne y hueso», dice FERRAJOLI—, no puede identificarse sino cuando la Constitución ha sido ya puesta en pie. Se trata por tanto de una realidad cuya detección sólo puede realizarse *ex post.* Sabemos que ha existido porque hay una Constitución. Y la pregunta que he hecho siempre ante este género de argumentación «teológica» es si no será superfluo todo ese aparato conceptual previo a la Constitución cuando ya tenemos la Constitución misma como conjunto de normas válidas. Siempre me ha parecido una suerte de innecesaria explicación de carácter mágico apelar a un sujeto originario, misterioso y omnipotente que no acaba por ser sino una antropomorfización *ad hoc* de procesos sociales complejos que incluyen ya, como no podía ser de otra manera, dimensiones normativas. El problema con el que siempre se encuentran los positivistas es el de dar cuenta de la supuesta normatividad inherente al Derecho. Y cuando se trata de subrayar con tanta fuerza la vinculatoriedad de la Constitución, el problema de la normatividad de la Constitución. Esa es la cuestión que trataba de resolver KELSEN con su norma hipotética fundamental, que, recuérdese, en una de sus formulaciones decía: «Se debe obedecer la Constitución». Y es una cuestión que no está nada claro que pueda resolver FERRAJOLI aportando datos sobre situaciones de hecho, sujetos naturales y capacidades fácticas de actuar. El constitucionalismo rígido o garantista necesita algo más que eso.

3. Otra de las dudas generales que me ha suscitado siempre el pensamiento jurídico de FERRAJOLI se refiere a una de esas grandes *«divaricazioni»* que se subrayan en su teoría del Derecho. A la más importante de ellas, creo: la que se da entre «validez» y «vigor» de las normas. Aquí ni siquiera es necesario citar minuciosamente porque es

[6] La secuencia casi completa puede encontrarse en 849-850.

uno de esos temas tan recurrentes en su obra que apenas puede encontrarse trabajo suyo en que no aparezca. Y respecto a esa divergencia se le ha preguntado a veces a FERRAJOLI, en primer lugar, si no se daba también en el llamado Estado legislativo de Derecho, Estado legal o Estado de Derecho en sentido débil. También en él las leyes tienen contenidos formales o procedimentales y contenidos materiales, y con frecuencia habilitan a órganos subordinados al legislador para crear normas que deben respetar el contenido material de las normas legales. Y puede darse el caso, se da de hecho con frecuencia el caso, de que en el ejercicio legítimo de sus competencias tales órganos creen normas jurídicas que violan el contenido material de leyes a ellas supraordinadas. La prueba de ello es que, tanto en España como en otros países cercanos, existe un procedimiento judicial para remediarlo: el recurso contencioso-administrativo contra disposiciones de carácter general destinado desde hace muchos años a corregir esas extralimitaciones. Ley y reglamento han estado pues sometidos a la misma disciplina que se expresa en la divergencia «validez»/«vigor». Lo que ha hecho el Estado constitucional de Derecho ha sido simplemente ampliar esa misma disciplina a las relaciones entre la Constitución y el legislador. Y poner bajo una jurisdicción especial —pero esto no en todos los casos ni con el mismo alcance— esas eventuales «antinomias» y «lagunas» que producía el legislador al contravenir o ignorar la Constitución.

Pero la cuestión mayor para mí no es esa, que, como digo, se le ha formulado ya algunas veces a FERRAJOLI. La cuestión más difícil es la que proviene de esta reflexión: ¿no será, al fin y al cabo, esa divergencia una manera sólo parcial de poner de manifiesto, y una manera un tanto ingenua de ofrecer una solución para, un problema fundamental e inevitable que habita siempre en el orden jurídico? Trataré de explicarme. El Derecho parece tener dos almas diferentes: un alma material y un alma procedimental. La primera se expresa en normas de conducta, principios, exigencias de comportamiento, contenidos materiales de derechos y deberes, etc. La segunda se expresa en el establecimiento de órganos y procedimientos para tomar las decisiones necesarias sobre el contenido y el alcance de las normas de la primera, las soluciones para poner fin a conflictos o resolver desacuerdos respecto a ellas, etc. Y resulta que ambas «almas» pueden acabar en soluciones jurídicas o decisiones finales que entren en conflicto las unas con las otras. Bruno CELANO y José Juan MORESO han mostrado con gran agudeza esta naturaleza inherentemente conflictiva que puede tener el orden jurídico contemporáneo, lo que yo he llamado sus dos «almas». Hay en todo orden jurídico normas que establecen deberes y derechos, y como se da el caso de que algún órgano de decisión, en algún momento, y según algún procedimiento formalizado, tiene que decir la última palabra sobre el alcance de esos derechos y obligaciones y sus posibles conflictos, entonces puede resultar que esa decisión última no encaje con el tenor literal de las normas materiales sobre ese alcance y esos conflictos. Eso es lo que, por ejemplo, recordaba HART, cuando distinguía entre decisión última y decisión infalible. FERRAJOLI presenta como nueva y propia del «paradigma» constitucional, la visión de que eso se produce entre normas de diferente rango, especialmente entre normas constitucionales y normas con rango de ley, o entre poderes constituyentes y poderes legislativos, y abraza la solución adoptada por los sistemas constitucionales de posguerra de someter esos conflictos a una jurisdicción especializada. Pero quizás el problema es mucho más general y más hondo, quizás es de hecho un problema estructural del orden jurídico, la posible contradicción entre soluciones halladas a través

de la red de procedimientos, competencias, etc., que todo orden jurídico tiene que establecer y la que ofrecen las normas de conducta que emite. Y se produce siempre, en niveles normativos jerárquicamente diferentes y en niveles normativos del mismo rango. ¿Acaso no es posible pensar en un juez constitucional que tenga la competencia de decir la última palabra y con esa última palabra ignore normas materiales de la Constitución? Esto, si lo he entendido bien, es lo que José Juan MORESO ha llamado recientemente «caso Julia Roberts»: la posibilidad de que el superior órgano decisor en cuestiones constitucionales, lisa y llanamente se equivoque, o, peor, ignore deliberadamente la Constitución ¿No es posible imaginar un auténtico poder constituyente (un poder constituyente constituido) que cree normas constitucionales antinómicas respecto de otras normas constitucionales en vigor? Suponer que en esos casos, para resolver la antinomia, podemos volver a criterios automáticos como el «cronológico» o de «especialidad» parece un simplismo excesivo. De hecho se dan muchos casos en los que sobreviven como válidas o en vigor normas en conflicto, lo que, como es de todos conocidos, plantea serios problemas teóricos. Y luego, claro, está el problema, que ya preocupó a KELSEN (al KELSEN anterior al constitucionalismo de posguerra, por cierto)[7], del tipo de alcance que habría de tener la decisión de expulsar la norma inconstitucional del ordenamiento; si había de ser declarada nula *ex nunc*, como mantenía KELSEN, o *ex tunc*, como sería seguramente lógico, con los problemas que ello comporta, como el del estatus que haya podido tener su extraña vigencia en un caso o en el otro.

4. Y vamos ya con el texto que se trataba de discutir ahora. En él, tras una propuesta de renovación terminológica, aparece una presentación muy sumaria del llamado constitucionalismo principialista que me parece un tanto sesgada, pero que en todo caso ya se encargarán los autores en ella aludidos de defender. Paso, pues, directamente, al epígrafe 3, en el que se hace una correlativa presentación (también breve: cinco páginas) del otro constitucionalismo, el garantista, algunos de cuyos extremos vale la pena comentar. En ella se afirma que este constitucionalismo es un positivismo reforzado y ofrece además un vínculo o nexo entre positivismo jurídico y democracia. Pues bien, ninguna de estas dos afirmaciones me parecen convincentes.

La manera de expresar el cambio del «paradigma» respecto del llamado viejo positivismo es afirmar que en el constitucionalismo garantista se somete la producción normativa a normas no sólo formales sino también materiales del Derecho positivo. Esta mejora o complemento del positivismo jurídico se logra porque el constitucionalismo, se dice, «positiviza» no sólo el «ser», sino también el «deber ser» del Derecho. El Derecho ahora ve reguladas no sólo las «formas» («como en el viejo paradigma formalista del paleo-positivismo»), sino también los «contenidos», mediante los límites y vínculos que le impone el paradigma constitucional. No veo nada claro qué sea eso de «positivizar el deber ser», ni por qué no lo hacía también el Derecho del que daba cuenta el «paleopositivismo». Tampoco, por cierto, me parece claro qué designa esto de paleopositivismo. ¿Incluye a AUSTIN, por ejemplo, o a BOBBIO?

---

[7] Para una exposición de ello, cfr. S. PAULSON, «What counts as "constitutional"?», en *Rechtstheorie, Beiheft* 13, *Politische Herrschaftsstrukturen und Neuer Konstitutionalismus - Iberoamerika und Europa in theorievergleichender Perspektive.*

A no ser que sea una simple *façon de parler* un tanto imprecisa, a mí me parece que el Derecho positivo siempre ha positivizado el deber ser. O, por decirlo con más rigor, que las normas del Derecho positivo han tenido siempre como contenido conductas que debían ser realizadas, y también, como he recordado antes, procedimientos y competencias. Esto me parece tan evidente que no llego a entender qué significa el correlativo positivizar el «ser del Derecho», que, al parecer, es lo único que hacía el paleopositivismo. Parece según el texto que el orden jurídico en que piensa el viejo positivismo sólo se dedicaba a crear el órgano legislador, mientras que el orden jurídico del nuevo positivismo reforzado le impone también contenidos a su labor. Pero a mí me parece que las cosas no son tan oscuras. Sucede sólo que la intensificación de la fuerza normativa de la Constitución ha hecho más complejo el ordenamiento, incorporando por encima de la ley un escalón superior con normas de conducta y normas de competencia; igual que el regionalismo o federalismo lo ha hecho también más complejo incorporando en los niveles legales normas de conducta y normas de competencias exclusivas de los órganos legislativos de las regiones, autonomías o *länder.* El positivismo jurídico puede dar cuenta de esto sin grandes alteraciones, a condición claro está de que se provea de una buena teoría de la Constitución. Esto es algo que, como he dicho, yo no encuentro en FERRAJOLI, que confía muchas cosas —quizás demasiadas— a la aparición de las Constituciones de posguerra y no tiene una teoría de la Constitución que dé cuenta de ellas y su valor vinculante. En esto su teoría me parece que se sitúa más cerca de la mentalidad del dogmático del Derecho constitucional que de la actitud del teórico del Derecho. Los constitucionalistas, al menos los españoles, toman la Constitución exactamente igual que el registrador toma la Ley Hipotecaria: esto es lo que vale como norma y hay que interpretarlo y aplicarlo. Pero a la teoría del Derecho se le debe exigir algo más que eso (en mi opinión, también al Derecho constitucional, pero eso es harina de otro costal).

Por lo que respecta al presunto nexo que FERRAJOLI afirma que el paradigma constitucional establece entre el positivismo jurídico (supongo que el reforzado, no el «paleo») y la democracia, tampoco las cosas me parecen muy claras. En primer lugar, no encuentro ninguna razón para que una teoría del Derecho, como es el positivismo jurídico, se pronuncie o no se pronuncie por la democracia. Si se trata de una teoría descriptiva y neutra que busca una base empírica en los Derechos positivos, entonces todo dependerá del contenido de esos Derechos positivos. Aquí FERRAJOLI vuelve sobre eso de la positivación del «deber ser», pero eso será en todo caso algo que hagan (o no hagan) las constituciones, no las concepciones del Derecho. Se afirma en el texto que el nexo entre democracia y positivismo ha sido comúnmente ignorado, y se propone que debemos «reconocer que sólo la rígida disciplina positiva de la producción jurídica está en condiciones (*in grado*) de democratizar tanto las formas como los contenidos». Seguramente sí, pero eso lo hará —si es que lo hace— la aplicación de las normas constitucionales correspondientes, y no el positivismo jurídico. De forma que ese presunto nexo puede seguir siendo ignorado sin que suceda nada importante ni en la teoría ni en la democracia.

Y luego, además, resulta un poco sorprendente que se afirme que el paradigma constitucional es el que ha dado a luz una teoría de la democracia. Dejando a un lado que la teoría de la democracia es bastante más vieja que dicho paradigma, el asunto, naturalmente, dependería de lo que entendiéramos por democracia. Y a este respec-

to no debemos olvidar que hay una extensa literatura que parece apuntar a que una constitución rígida y supraordinada a las mayorías electivas es una severa limitación del ideal democrático, si es que ese ideal tiene algo que ver con el principio de la mayoría y de elección de los representantes. No es éste, sin embargo, un tema que podamos discutir aquí, pero vale la pena recordar también esa posible contingencia de que las constituciones no alumbren sino que limiten el principio democrático.

5. El grueso del escrito de FERRAJOLI (16-44 del original italiano) es una crítica minuciosa de las tres tesis más importantes del constitucionalismo llamado principialista o no positivista. Si acabo de hacer unas breves y apresuradas críticas al constitucionalismo que propone FERRAJOLI, ello se ha debido a que el lector del texto puede tener la impresión de que si las críticas que él hace a aquel tipo de constitucionalismo principialista tienen éxito, su derrota supondría de algún modo un reforzamiento del otro constitucionalismo. En FERRAJOLI no cabe suponer un argumento tan falaz, pero la estructura del texto invita al lector a pensar que los ataques al principialismo no positivista resultan ser una victoria para el constitucionalismo positivista. Y puede ser sin embargo que FERRAJOLI tenga razón (al menos en parte) en las críticas que hace al otro tipo de constitucionalismo, y ello sin embargo no suponga ningún beneficio para el constitucionalismo que él mismo propugna. Ése, sin ir más lejos, es mi punto de vista.

FERRAJOLI se opone en el texto a tres tesis básicas del neo-constitucionalismo principialista: la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral, la tesis fuerte de los principios y la tesis de la ponderación en los conflictos entre principios. Yo tampoco acepto así como así esas tres tesis, y en esto concuerdo con FERRAJOLI, pero no lo hago por las mismas razones que él. Mi voto es, si así pudiera decirse, de los llamados «concurrentes» con el fallo de FERRAJOLI, pero mis argumentos difieren de los que él esgrime. Iré presentándolos por orden.

A) La tesis de la separación entre Derecho y moral es combatida por los neo-constitucionalistas tomando como base la evidente presencia de principios de justicia y valores éticos en la textura misma de los textos constitucionales. FERRAJOLI por su parte afirma en contra de ellos que, a pesar de la evidencia de que las normas jurídicas incorporan aspiraciones de carácter moral, la conexión entre Derecho y moral no se da, y no se da precisamente porque la constitución ha positivizado esos principios transformándolos en normas jurídicas, y no en exigencias morales. «Es, por tanto, insostenible la derivación, a partir de la circunstancia obvia de que las leyes y las constituciones "incorporan" valores, de la tesis de una "conexión" conceptual entre Derecho y moral», escribe. En esto estoy de acuerdo con él, aunque, como digo, por otras razones. Pero a continuación FERRAJOLI se adhiere a una posición metaética con la que es ya mucho más difícil concordar. Vayamos por partes.

a) La posición de ambos bandos en la cuestión de si los principios de justicia acogidos en las Constituciones comportan o no comportan una conexión necesaria entre Derecho y moral está, a mi juicio, mal orientada. Es obvio que la presencia de algunos principios obliga al intérprete a desarrollar argumentaciones morales, aunque sólo sea en la determinación de su significado y alcance, pero también es obvio que el intérprete no lo hace por un capricho ético-político personal, sino porque los encuentra recogidos en la Constitución como normas jurídicas positivas. Lo que sucede es que, a mi

juicio, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral no se dirime ahí, en el terreno de los principios y las normas de conducta, sino en el campo de la ineludible naturaleza procedimental del orden jurídico de la que antes hemos hablado. Veámoslo con un ejemplo: supongamos que ATIENZA, FERRAJOLI, RUIZ MANERO y yo somos convocados por un club de estudiantes para encontrar una respuesta a la cuestión sobre la constitucionalidad de la nueva fórmula de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en el orden jurídico español. Con toda modestia por mi parte, estoy seguro de que en un breve espacio de tiempo llegaríamos a una solución compartida y seria sobre el tema. Pero al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional español está deliberando sobre el mismo problema y llega a otra solución, seguramente ni tan seria ni tan compartida. Todo el mundo estaría de acuerdo en que la única de esas dos soluciones que es un fallo *jurídico*, es decir, un fallo que se incorpora al orden jurídico español, es la del Tribunal Constitucional. ¿Por qué? ¿Es porque ha desarrollado una sesuda argumentación moral como la que demandan ATIENZA y RUIZ MANERO? No. ¿Es porque ha delimitado con claridad y desde dentro del ordenamiento una norma constitucional, al estilo de FERRAJOLI? Tampoco. Esas dos cosas las hemos podido hacer nosotros cuatro mucho mejor. Es simplemente porque de acuerdo con las normas procedimentales de competencia del orden jurídico español, el único órgano cuyas decisiones son normas jurídicas en ese ámbito es el Tribunal. Y en ese sentido su fallo es norma *jurídica* cualquiera que sea su relación con normas o principios morales, es decir, es *Derecho* (en España) tenga o no tenga relación con la *moral*. O lo que es lo mismo, es Derecho sin tener relación necesaria o lógica con la moral. Esta tesis de la separación, entendida así en términos de procedimientos y competencias, en términos de *pedigree*, como afirmaría HART, se me antoja una importante conquista del positivismo jurídico entendido como teoría del Derecho, y no creo ni que se haya tambaleado por la existencia de principios ni que se haya reforzado por la positivización de tales principios en la Constitución.

b) Pero después, como he dicho, FERRAJOLI entra en el campo de la metaética y expone, en un razonamiento que pretende encadenado, que las posiciones de ALEXY, ATIENZA y MORESO defienden un objetivismo ético, que tal objetivismo ético implica una opción en favor del cognoscitivismo ético, que esta posición acaba inevitablemente en el absolutismo moral, y tras él en el despeñadero de la intolerancia para con las opiniones morales disidentes. Algunos párrafos después afirma que, por el contrario, el no-cognoscitivismo y la separación entre Derecho y moral son garantía del pluralismo moral y del multiculturalismo, es decir, de la convivencia pacífica de las muchas culturas que conviven en una sociedad, y además, son la mejor garantía del sometimiento del juez a la ley y de su independencia. Esta cadena de razonamientos me resulta sorprendente; de hecho creo que todos ellos son profundamente controvertibles. No voy a poder argumentarlo ahora, pero no dejaré por ello de hacer algunas afirmaciones sumarias. Que el objetivismo ético implique el cognoscitivismo o cognitivismo ético es muy dudoso. El objetivismo ético sólo afirma que las normas morales están por encima de nuestras preferencias o intereses subjetivos, o que no puede darse cuenta de ellas sólo en función de éstos; y el cognoscitivismo por su parte que los enunciados morales son susceptibles de verdad o falsedad. Ambas cosas no tienen por qué estar implicadas; y que ambas cosas lleven al abolutismo moral, es decir, al dogmatismo en materias morales, es aún más discutible, y que conduzcan después a la intolerancia es directamente

un *non sequitur*, bastante conocido, por cierto. Igual que lo es el suponer que el subjetivista, no-cognitivista, relativista moral, etc., será sólo por ello un ser tolerante.

Es evidente que todos estos desacuerdos merecerían un examen mucho más pormenorizado, imposible de hacer ahora. Sólo quiero, para cerrar este epígrafe, mencionar algo que FERRAJOLI afirma como una suerte de *obiter dictum* sorprendente. Está incluido en los argumentos que acabo de mencionar: que el no-cognoscitivismo y la separación entre Derecho y moral son garantía de... ¡la independencia judicial! Por más que me esfuerzo no consigo ver por qué el objetivismo y el cognoscitivismo pueden ser una amenaza a la independencia de los jueces, y las posiciones escépticas respecto de la ética pueden ser garantía de independencia de los jueces. Esto es algo que, sin duda, exige alguna aclaración.

B) El segundo objetivo crítico de FERRAJOLI es la tesis de la distinción entre principios y reglas. En este tema también puedo registrar acuerdos con el texto. Me inclino también por debilitar la distinción o, mejor dicho, su alcance. Digamos que me encuentro entre los que mantienen que se trata de una distinción débil, de grado, no de una distinción fuerte, de naturaleza lógica u ontológica. Sin embargo, quizás no los veo de la misma forma que él, y sobre todo, no veo en ellos esos desastres que él augura.

Dentro de una actitud de desconfianza hacia la distinción, FERRAJOLI acepta que pueda diferenciarse entre lo que llama principios directivos o directivas, y los que llama principios regulativos. Esta distinción le parece análoga a la formulada por ATIENZA y RUIZ MANERO entre directrices y principios en sentido estricto. Los primeros son los que «enuncian valores o directivas de carácter político, de las que no es exactamente identificable la observancia o la inobservancia». Pero afirma que se trata de normas «relativamente marginales». De ellos acepta que puedan ser, como lo propone ALEXY, «mandatos de optimización» que se caracterizan por poder ser satisfechos en grados diversos y están privados de supuestos de hecho que puedan configurar su inobservancia. Hasta aquí pues, no hay grandes desacuerdos entre ellos.

Donde empiezan esos desacuerdos es en esta afirmación: «Todos los demás principios [...] son en cambio regulativos, siendo materialmente posible pero deónticamente prohibida su inobservancia», escribe FERRAJOLI [8]. Y mantiene que lo que se da es simplemente una diferente manera de formularlos. Lo que parecen principios son en realidad reglas formuladas con referencia a su «respeto» en lugar de formuladas con referencia a su «violación y su consiguiente aplicación». Por eso afirma que la diferencia es poco menos que de estilo. Las reglas son opacas, en el sentido conocido de que, a pesar de que existe tras ellas un principio subyacente, tal principio no es mencionado, mientras que la formulación del principio expresa claramente la exigencia de respeto a esos valores que subyacen a las reglas. «Pero dejando a un lado el estilo —escribe— cualquier principio que enuncia un derecho fundamental, por la implicación recíproca que liga las expectativas en las que consisten los derechos con las obligaciones y prohibiciones correlativas, equivale a la regla que consiste en la obligación o prohibición

[8] En nota 54, afirma, por tanto: «La diferencia cualitativa o estructural no es, por tanto, entre reglas y principios, sino solamente entre principios regulativos y lo que he llamado "principios directivos", que consisten en expectativas, no de actos determinados sino de resultados, es decir, de políticas idóneas para realizarlos mediante una pluralidad de actos indeterminados y no predeterminables normativamente». Esto es lo que juzga él una distinción análoga a la de ATIENZA y RUIZ MANERO, entre principios en sentido estricto y directrices.

correspondiente». Y, generalizando: «Se comprende así cómo no existe una diferencia real de estatus entre la mayor parte de los principios y las reglas: la violación de un principio hace de éste una regla que enuncia las prohibiciones y obligaciones correspondientes».

Lo que resulta para mí poco convincente en esta reconstrucción (de la que, insisto, no me encuentro demasiado lejano) es la aparente facilidad con la que FERRAJOLI pretende conocer las obligaciones y prohibiciones «correlativas» al enunciado de la regla-principio (por así llamarla). Por ejemplo, la afirmación de la dignidad humana le parece a él una regla-principio, y el deber de no realizar conductas contrarias a esa dignidad, le parece la correlativa «regla-regla». Pero claro, el problema que plantean los principios es precisamente éste, el de saber cuándo nos encontramos en el campo de aplicación de esa formulación tan vaga y tan abstracta (principio de dignidad humana, principio de no discriminación, etc.), es decir, cuándo nos encontramos ante una conducta contraria a la dignidad humana. Y es seguramente la magnitud y los borrosos límites que tiene ese campo de aplicación lo que suscita realmente los problemas. Unos problemas que no se resuelven simplemente con la afirmación de que en realidad son reglas que prohíben cosas, sino estableciendo los argumentos necesarios para saber qué cosas prohíben dada su pasmosa indeterminación. Es, seguramente, a esta circunstancia inevitable a la que se debe la elaborada construcción actual a partir de DWORKIN de la teoría de los principios.

No voy a entrar ahora en ella. Prefiero, en aras de la discusión, poner precisamente en tela de juicio que la construcción de FERRAJOLI evite los males que atribuye a la idea de principios: la despotenciación de su valor vinculante, y el desarrollo de lo que él llama, con expresión muy feliz, «inventiva jurisprudencial». Respecto del primero de esos males, hay que decir que nuestro autor mezcla en sus críticas aspectos diferentes de la teoría de los principios, incluso tipos diferentes de principios. Una cosa es la llamada «derrotabilidad» de las normas constitucionales (GARCÍA FIGUEROA) y otra diferente es la teoría del mandato de optimización (ALEXY) o del carácter «programático» de las directrices (ATIENZA y RUIZ MANERO). La primera de ellas puede ser vista como la formulación de un problema real: cuando descendemos a los particulares de un caso puede ser que las soluciones que *sugieran* las formulaciones abstractas y vagas de dos normas constitucionales entren en conflicto, en cuyo caso una de ellas resultará *no aplicable.* Lo que llamo *sugerir* es, más o menos, lo que en esa literatura se llama ser debido *prima facie*; lo que llamo *no aplicar*, es lo que se llama allí, ser *derrotado.* Pero al margen de la terminología más o menos satisfactoria, no me parece que lo que se trata de enfrentar en esa teoría no sea un problema real, y sobre todo, no me parece que la solución de FERRAJOLI logre resolverlo sencillamente. Decir que las normas constitucionales son obligatorias, o que tienen «*portata normativa*», no hace más fácil identificar qué conductas permiten o prohíben, y, desde luego, no hace desaparecer los conflictos entre las soluciones posibles. Otra cosa distinta es el carácter «programático» de las directivas o lo que ALEXY llama «mandato de optimización». Hay normas constitucionales que establecen, como ha reconocido poco antes el propio FERRAJOLI, objetivos y resultados, que configuran, por así decirlo, un plan o programa de acción y cuyo destinatario seguramente no es el ciudadano, sino los poderes públicos competentes para realizar una acción política. Aquí puede haber un deber genérico de encaminarse en una dirección, pero no una panoplia de conductas estrictamente

obligatorias para el legislador o el Gobierno. Y a eso me parece que se refieren ellos cuando dicen que tienen una naturaleza programática, y no, como se presume que sucedía en el constitucionalismo del siglo XIX o en las proclamas legales de los regímenes fascistas, a que los principios y normas constitucionales son meros píos deseos que no obligan al legislador.

Y vamos ahora a la «inventiva jurisprudencial», de la que hay múltiples ejemplos, pero, mucho me temo, tanto entre jueces «principialistas» como entre jueces «garantistas». Escribe FERRAJOLI: «Pero hay otro aspecto, todavía más perverso y engañoso del enfoque antipositivista y principialista a las constituciones. La idea de que las normas constitucionales no son normas rígidamente vinculantes a las que están sometidas la jurisdicción y la legislación porque se hallan jerárquicamente subordinadas a ellas, sino principios ético-políticos fruto de argumentaciones morales, ha favorecido, allí donde desafortunadamente no ha permanecido confinada en el debate académico entre filósofos del Derecho, el desarrollo de una inventiva jurisprudencial que se ha manifestado en la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución». FERRAJOLI afirma que la sustancia del garantismo es precisamente que el juez (y, por supuesto, también el legislador) se hallan sometidos a los principios constitucionales como normas prescriptivas no neutralizables por principios ético-políticos, sean de creación legislativa sean de creación judicial. Pero el efecto perverso puede producirse también al revés, porque si las cláusulas constitucionales son imprecisas, vagas o indeterminadas (como lo son tantas veces), la inventiva del garantista puede consistir en incluir en su campo de aplicación supuestos inventados o preferencias personales para afirmar solemnemente después que eso y sólo eso es lo que la letra de la constitución dicta. El principialista se abandonaría a la argumentación moral con toda claridad, pero el garantista, que se ve constreñido a hacer algo muy similar, tendría además la posibilidad de disfrazar este hecho inevitable con una apelación solemne al dictado de las normas. Dada la formación que tienen los jueces, y la que seguimos dando en nuestras Facultades, un juez principialista es, sin duda, un peligro público, pero al menos adopta una posición honesta porque anuncia que ha desarrollado un argumento moral y abre así un debate posible; un juez garantista, por el contrario, haría exactamente lo mismo pero escondido tras la idea de que él o ella sólo es la boca por la que habla la constitución, cerrando con ello todo debate posible. Nada sería más acorde con mi manera de enfrentar el Derecho y los ideales del imperio de la ley que una posición garantista *posible*, pero si la textura del lenguaje constitucional hace muchas veces que no sea posible, es preferible aceptar esta situación abiertamente y no engañarse uno mismo pensando que las soluciones que tienen previstas los preceptos constitucionales están tasadas y son claramente reconocibles. De lo contrario se corre el riesgo, no ya de que nuestras preferencias morales invadan el Derecho, sino de que se disfracen de Derecho y tomen prestado de la Constitución todo su valor normativo y simbólico.

C) Y para terminar, son necesarias algunas acotaciones a la crítica a la llamada «ponderación». Es éste un tema en el que, como en los anteriores, no me siento lejano de FERRAJOLI; incluso diría que voy más allá que él. Debo confesarlo sinceramente, aun a riesgo de no poder pasar por ser un jurista puesto al día: entiendo poco qué es eso de la ponderación, y lo que entiendo no acaba de convencerme. Sin embargo tampoco veo muy claro si puede aceptarse la posición de FERRAJOLI.

La doble distinción que hace FERRAJOLI entre ponderación legislativa y ponderación judicial por un lado, y principios directivos y principios regulativos por otro, es pertinente. La ponderación legislativa entraría en funcionamiento respecto de la realización de los estados de cosas que se contienen como objetivos o fines en los principios directivos. A primera vista, si el principio constitucional establece como deseable un estado de cosas al que hay que tender, el legislador, con una gran libertad, ha de establecer medidas que se enderecen a ese fin, porque si esos principios son lo que ALEXY llama «mandatos de optimización», son mandatos sobre todo al legislador. El problema surge cuando la actuación del legislador en busca de esa optimización invade o puede invadir situaciones o estatus protegidos por otros principios o normas; entonces el legislador tiene que ponderar si su intervención, sus medidas son «proporcionales» al caso. Si se somete al juez constitucional alguna de esas medidas se dice que el juez debe iniciar un programa de argumentación más bien complejo para determinar si se ha respetado ese principio de proporcionalidad. Eso, como es sabido, incluye establecer si las medidas son idóneas, si son necesarias, si pueden tomarse otras que invadan menos otros estatus, y todas esas cosas que están ya casi formalizadas y, en algunos casos, pretendidamente cuantificadas. FERRAJOLI acepta esto hasta un cierto grado, pero se niega a admitir que el legislador pueda elegir entre dos principios constitucionales, pues ello le daría la estatura de legislador constituyente, y tampoco acepta de buen grado esa idea de que la garantía de algún derecho pueda comportar el sacrificio de otro, pues, afirma, las relaciones entre derechos son sobre todo de «sinergia», es decir, que la realización de unos potencia la realización de otros. En cuanto a lo primero, mi posición es que, si no totalmente, al menos parcialmente el legislador necesariamente elige qué principios desarrollar, y ello puede significar que algunos no sean realizados plenamente o sean directamente ignorados. En cuanto a lo segundo, creo que se trata simplemente de una afirmación sobre hechos contingentes que admite todo tipo de excepciones. Mi posición es otra. Dejando a un lado la peliaguda cuestión de que muchas veces esa actividad «ponderativa» puede suponer la interferencia de la justicia constitucional en la elaboración democrática de las políticas públicas, el problema de la ponderación del legislador, y del correlativo pronunciamiento del juez sobre si tal ponderación es proporcional o no, es que, el mundo de las directrices o de lo que ALEXY denomina «mandatos de optimización» sitúa la argumentación en el plano de las relaciones medio-fin, en un plano teleológico[9], y entra así en un universo de conjeturas sobre los efectos y las causas, los medios y su efectividad, las medidas y pesos que han de ser utilizados para ello, etc., que es ilusorio que pueda ser disciplinado y racionalizado adecuadamente, y más dudoso aún que pueda ser realizado por un juez. Eso de la «optimización» es sencillo de decir, pero complicado de hacer y de juzgar. No sólo es difícil concebir que un juez (o cualquiera) pueda llegar a un aserto fundado sobre qué efectos van a tener qué medios cuando se está hablando de políticas públicas que afectan a sociedades muy complejas e informadas, es que la pretensión de medir cosas tales como la «intensidad de la intervención» (ALEXY) o el «peso» de los principios en conflicto me parece ilusoria, e inevitablemente dependiente de enunciados éticos subyacentes. Las consideraciones

[9] HABERMAS advirtió esto cuando se enfrentó a la jurisprudencia constitucional alemana inspirada en una teoría de bienes o valores, tan influyente entre nosotros (cfr. J. HABERMAS, *Facticidad y validez,* Madrid, Trotta, 1998, 326 y ss.).

que hace FERRAJOLI sobre que la llamada ahora ponderación no es sino la apreciación de las circunstancias de hecho previstas en las normas (y no la ponderación de las normas o los principios mismos) como actividad común en las decisiones judiciales, o sobre los problemas que suscitan los márgenes de ambigüedad e indeterminación del lenguaje legal (y mucho más todavía la llamada de atención que hace a una mejora en la calidad y la precisión de las leyes) me parecen muy atendibles, pero me parecen, por un lado, argumentos insuficientes frente al problema que plantean los «principialistas», y por otro lado, débiles frente a la supuesta solución racional que pretende ser la ponderación.

Y eso por lo que respecta a los principios que llama «directivos». En cuanto a los principios «regulativos», o principios en sentido estricto, la llamada ponderación no tiene, en mi opinión, papel alguno que jugar. Es aquí donde yo voy más allá que FERRAJOLI, quien —creo, aunque no soy capaz de identificar esta tesis con un texto concreto de su obra— se niega a aceptar que pueda haber conflictos normativos constitucionales que no puedan ser resueltos limpiamente [es decir, mediante un enunciado «verdadero» (*veritas non auctoritas facit iudicium*)] por el juez. Si esto es así (cosa que, naturalmente, someto a su juicio), no puedo estar de acuerdo con él. Para terminar y en trazos muy gruesos, trataré de decir por qué.

Los enunciados constitucionales que confieren abstractamente a todos derechos fundamentales pueden a mi juicio ser vistos, en efecto, no como reglas, sino como principios, y ello aun si se mantiene la visión de esa distinción como una mera cuestión de grado y nada más. Esto puede ser así en virtud de dos rasgos: en primer lugar, por su grado de abstracción, generalidad y vaguedad o indeterminación, que determina que el supuesto de hecho que habría de presidir su aplicación a un caso sea por lo común extremadamente impreciso y abierto; en segundo lugar, por su más amplio grado de vocación justificatoria. Lo que esto quiere decir es sencillo de entender: los principios, con toda la abstracción de su fórmula, pueden ser entendidos como la justificación subyacente a amplios conjuntos de normas o reglas, tanto generales como particulares, de forma tal que cada principio rige o puede regir para un ámbito muy amplio de supuestos posibles, de «casos». Alguna vez he afirmado que dado lo abierto y abstracto de su fórmula, simplemente no entran en conflicto unos con otros, que los conflictos *entre principios* son sólo aparentes: son las normas que ellos justifican las que eventualmente pueden entrar en conflicto, pero los principios no. Los supuestos concretos que van definiendo los casos son los que van operando el descenso gradual desde el principio abstracto hacia la regla más o menos concreta. Y es la regla concreta la que puede entrar en conflicto con otra regla de parecido nivel de concreción que esté justificada por, o descienda de, otro principio diferente. Y cuando se da el caso de que esto ocurre, no vale, en mi opinión, ponderar ni sopesar: es inevitable tener que elegir entre ambas reglas en virtud de criterios que no están explicitados (o que, simplemente, no están) en el ordenamiento jurídico. Esos criterios, por muchas vueltas que le demos, son criterios morales a los que se adhiere el juez para mostrar su preferencia por una solución u otra. Y aquí, desde luego, tendría que serle exigida una argumentación pública de esa naturaleza. Si, como FERRAJOLI mantiene, en ese terreno de la ética estamos en el mundo de lo incognoscible e inefable, las decisiones judiciales para esos casos serán necesariamente arbitrarias, y el juez se transformará así en un poder imposi-

ble de someter a pautas normativas racionales si aceptamos, como él lo hace, que las argumentaciones morales no son susceptibles de raciocinio o conocimiento. Lo paradójico es que esto, el sometimiento del juez a pautas que estén por encima de él, es una de las inspiraciones básicas que seguramente han llevado a FERRAJOLI a levantar toda su imponente teoría.

ANTÍGONA COMO *DEFEATER.* SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA DE FERRAJOLI *

José Juan Moreso

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

ὅσῳ κράτιστον κτημάτων εὐβουλία

El mayor de los bienes es el buen juicio

SÓFOCLES, *Antígona,* 1050

RESUMEN. En este trabajo se critica la defensa que FERRAJOLI hace del constitucionalismo garantista o normativo, que contrapone al constitucionalismo principialista o argumentativo. Se intenta mostrar que los rasgos definitorios del constitucionalismo principialista no tienen las consecuencias perniciosas que el autor les atribuye. En particular, se rechazan los argumentos que consideran que el objetivismo moral hace imposible el liberalismo político y la democracia. Se rechaza también que la distinción entre principios y reglas menoscabe la dimensión normativa del Derecho y se muestra que el activismo judicial que la ponderación en la aplicación del Derecho comporta es plenamente asumible en la concepción del constitucionalismo. Se vindica el denominado constitucionalismo incorporacionista: se mantiene la tesis de la no conexión necesaria entre el Derecho y la moral, se asume el objetivismo moral y se adopta que, al incorporar consideraciones morales, los sistemas jurídicos incorporan criterios morales en la identificación y la aplicación del Derecho.

Palabras clave: FERRAJOLI, constitucionalismo, positivismo jurídico, objetivismo moral, aplicación del Derecho, incorporación de pautas morales.

ABSTRACT. In this paper, a criticism of FERRAJOLI's defence of normative constitutionalism, which he confronts with argumentative constitutionalism, is discussed. I shall deal with the definitional features of the argumentative constitutionalism and I shall try to show that they have no harmful consequences. Particularly, the arguments which consider that the moral objectivism leaves no room for political liberalism and democracy are rejected. The idea that the distinction between rules and principles and the balancing as a way of legal adjudication leads to the weakening of the normative force of the law and an excessive judicial activism is rejected too. The so-called incorporationist constitutionalism is vindicated: the thesis that rejects a necessary connection between law and morals is maintained, the moral objectivism is assumed and it is accepted that, when the moral considerations are incorporated, then moral criteria become necessary in order to identify and to apply the law.

Keywords: FERRAJOLI, constitutionalism, legal positivism, moral objectivism, legal adjudication, incorporation of moral considerations.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

I

En este nuevo ensayo dedicado al constitucionalismo, Luigi FERRAJOLI perfila más claramente el alcance y los confines de su teoría jurídica y política. Lo hace distinguiendo dos tipos de constitucionalismo: el constitucionalismo *principialista* y el constitucionalismo *garantista*[1].

El primero, según FERRAJOLI, caracterizado por las tres siguientes notas: asunción de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral —que presupone la aceptación del objetivismo en moral—, la distinción nítida entre principios y reglas —que asume que las pautas que reconocen derechos constitucionales adoptan la forma de principios— y la aceptación de una amplia zona de conflictos en la aplicación de la Constitución que conduce a que la ponderación sustituya a la subsunción. Esto hace del constitucionalismo principialista una concepción iusnaturalista o, en cualquier caso, anti-positivista.

El constitucionalismo garantista rechaza estos tres aspectos: subraya la separación conceptual entre el Derecho y la moral —FERRAJOLI, como veremos, considera que tal separación comporta el rechazo del objetivismo ético—, supone que no hay una distinción nítida entre principios y reglas y, es más, arguye que las pautas constitucionales que establecen los derechos fundamentales deben ser interpretadas como reglas y no concede a la ponderación un lugar relevante en la aplicación de la Constitución, no más que la atención a las circunstancias particulares del caso que cualquier supuesto de adjudicación del Derecho comporta[2]. El constitucionalismo garantista es, por tanto, un constitucionalismo claramente iuspositivista. Es más, es en este sentido[3], un iuspostivismo *reforzado*. Una concepción del constitucionalismo que tiene, conforme al autor, tres dimensiones: como modelo de Derecho, como teoría jurídica y como filosofía política. Como modelo de Derecho porque estudia sistemas con constituciones rígidas que establecen límites a aquello que el legislador democrático puede hacer y establecen obligaciones sobre el legislador y control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes que permite anular las leyes antinómicas con las normas constitucionales y colmar las lagunas que el legislador ha generado con el incumplimiento de sus deberes constitucionales. La teoría jurídica del constitucionalismo desarrolla la distinción entre *vigencia* y *validez* y, con tal distinción, permite comprender el porqué leyes formalmente dictadas por el legislador, leyes vigentes, son declaradas nulas, puesto que son inválidas por cuanto contrarias a las normas constitucionales. El ser de las leyes puede estar en contradicción con el deber ser constitucional. La filosofía política del constitucionalismo consiste en una teoría sustantiva de la democracia, con arreglo a la cual aquello que la mayoría democráticamente puede hacer está limitado por los derechos constitucionalmente establecidos. La democracia tiene límites.

---

[1] Como el mismo reconoce (en la nota 1 del ensayo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista») desarrollando una idea de Luis PRIETO SANCHÍS, en una sección especial de esta misma revista *Doxa* que recoge las contribuciones en un seminario en la Universidad de Brescia, a cargo de T. MAZZARESE, «Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre *Principia iuris* de Luigi Ferrajoli», en *Doxa*, 31, 2008, 325-353.

[2] *Vid.* la sección 6 del ensayo de FERRAJOLI.

[3] FERRAJOLI lo desarrolla en la sección 3.

II

Lo que voy a tratar de mostrar en este comentario es que a pesar de la claridad con la que las nuevas distinciones de FERRAJOLI iluminan el paisaje conceptual de la teoría jurídica en la era del constitucionalismo, hay un modo de caracterizar el constitucionalismo que aceptando alguna versión de las tres tesis que FERRAJOLI atribuye al constitucionalismo principialista no conlleva ni la asunción del iusnaturalismo ni las consecuencias —que FERRAJOLI le asigna— perniciosas de rechazo del liberalismo político, debilitamiento de la fuerza normativa de la constitución o activismo judicial. De este modo, si mis argumentos son adecuados, las razones ferrajolianas de rechazo del primer modelo de constitucionalismo quedarían muy debilitadas.

En III, introduciré algunas definiciones, de un modo algo estipulativo, aunque confío en que podrán ser ampliamente compartidas. También mostraré algunas consecuencias que se siguen de dichas definiciones.

En IV, trataré de refutar las razones por las que FERRAJOLI rechaza el objetivismo ético. Trataré también de dar algunas razones a su favor.

En V, trataré de mostrar un modo de entender la distinción entre reglas y principios y el lugar de la ponderación en la aplicación del Derecho que no conducen necesariamente ni a debilitar la fuerza normativa de la Constitución ni al incremento del activismo judicial.

En VI, articularé el modo en el que puede vindicarse el modelo de constitucionalismo que surge de mis reflexiones.

III

Comencemos con la distinción entre las concepciones iusnaturalistas y las concepciones iuspositivistas. El iusnaturalismo puede ser caracterizado por las dos tesis siguientes:

TIN1: Hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias).

TIN2: Las normas positivas contrarias a alguno de los principios referidos en TIN1 no son jurídicamente válidas.

Algunas aclaraciones son precisas en relación con estas tesis. En relación con TIN1 quiero destacar tres precisiones: 1) Tal vez, como la tradición iusnaturalista destacaba, este conjunto no agota el ámbito de la moralidad, sino sólo aquella parte que se refiere a la vida de las personas en sociedad, sólo aquella referida a la virtud de la justicia, y 2) no se prejuzga aquí ni la naturaleza ontológica ni la semántica de los elementos de este conjunto privilegiado, la tesis es compatible con un amplio abanico de posiciones metaéticas [4]. Por último, y en relación con la conjunción de ambas tesis, debe quedar

[4] He defendido una convergencia en un objetivismo moral *mínimo* entre diversas metaéticas (realistas o constructivistas) en el ensayo 2 de J. J. MORESO, *La Constitución: modelo para armar,* Madrid, Marcial Pons, 2009.

claro que dichas tesis no constituyen una definición de Derecho. Establecen una condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida, pero insuficiente. Los defensores de la doctrina del Derecho natural siempre añadieron a dichas tesis la tesis de que son normas jurídico-positivas aquéllas dictadas por las autoridades humanas que no son contrarias al Derecho natural. Es por esta razón que Alf ROSS sostuvo que antes de preguntarnos sobre la validez moral de las normas de un orden jurídico determinado «es necesario saber cuáles son las reglas de este orden, es decir, debemos tener una descripción del mismo en tanto que hecho observable» [5].

Podemos ahora considerar iuspostivistas aquellas teorías que rechazan alguna de estas tesis o ambas. Si alguien rechaza TIN1 entonces también rechaza TIN2, pero alguien puede rechazar TIN2 y, en cambio, aceptar TIN1. Otro modo de decirlo es el siguiente: la segunda tesis *presupone* la primera tesis, es decir, aceptar que las normas contrarias al Derecho natural son inválidas, presupone que hay un Derecho natural; de modo análogo, a que la aceptación de que el rey de Francia es calvo supone que hay un rey en Francia. Si no hay rey en Francia, entonces la afirmación de que es calvo o bien es falsa o bien no es ni verdadera ni falsa. Si no hay un conjunto privilegiado de normas morales válidas al margen de cualquier contexto, entonces la tesis TIN2 es o bien falsa o bien ni verdadera ni falsa (algunos dirían carente de sentido) [6].

Sea como fuere, parece que para ser iuspositivista basta con rechazar TIN2. Muchos iuspositivistas (como Hans KELSEN o Alf ROSS) rechazaron la segunda tesis porque rechazaron la primera, efectivamente. Pero hubo otros que no, entre los cuales tal vez destaca John AUSTIN que sostenía, como es sabido, que una cosa es el Derecho y otra su mérito o demérito [7], pero consideraba que había un Derecho divino, por encima de los Derechos positivos.

Es precisamente la TIN2 la que establece la tan traída y llevada conexión necesaria entre el Derecho y la moral, puesto que la validez de todas las normas jurídicas depende de su adecuación a la moral. Las relaciones modales entre dos conceptos pueden ser de tres tipos: necesarias, imposibles o contingentes. O sea que a los iuspostivistas les quedan todavía dos modos de rechazar TIN2: o bien sostienen que la conexión entre el Derecho y la moral es imposible o bien sostienen que es contingente [8].

Si por moral se entiende el conjunto privilegiado de pautas válidas con independencia de cualquier contexto, entonces puede sostenerse que la relación es imposible por, al menos, dos razones: porque no existe dicho conjunto privilegiado de pautas morales —ésta, como veremos, parece ser la posición de FERRAJOLI— [9] o bien porque algún rasgo del Derecho hace que su identificación sea incompatible con cualquier

---

[5] A. ROSS, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural», 1961, en A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, 9-32, en 21.

[6] Una noción de presuposición como ésta estaba implícita en los análisis de RUSSELL y STRAWSON de las descripciones definidas. Puede verse B. RUSSELL, «On Denoting», *Mind,* 14, 1905, 479-493, y P. F. STRAWSON, «On Referring», *Mind*, 59, 1950, 320-344.

[7] J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, W. RUMBLE (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 157.

[8] He argüido de este modo en J. J. MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, *supra* nota 5, ensayo 1, donde retomaba las ideas expresadas en «Positivismo jurídico y aplicación del Derecho», *Doxa,* 27, 2004, 45-62.

[9] Es también la posición de los iuspositivistas escépticos en materia moral. *Vid.,* por todos, la paradigmática posición de E. BULYGIN, *El positivismo jurídico,* México, Fontamara, 2006.

consideración moral [10]. La relación de imposibilidad, sea por la razón que fuere, suele asociarse con el denominado *positivismo jurídico excluyente.* La relación de contingencia, que obviamente presupone la existencia del conjunto privilegiado de pautas morales válidas, considera que el Derecho positivo puede o no incorporar las consideraciones morales. Se trata del positivismo jurídico incluyente que, como resultará obvio, acostumbra a señalar los sistemas de constituciones rígidas, con declaración de derechos y control jurisdiccional de la constitucionalidad como ejemplos de sistemas jurídicos que incorporan consideraciones morales [11].

Veamos, ahora, algunas definiciones de metaética. A menudo, aquellas posiciones que rechazan la existencia de un conjunto privilegiado de pautas morales se autodenominan *escépticas*, *relativistas* o *no-cognoscitivistas*. De todos modos, creo que es conveniente distinguir entre estas tesis (a pesar de que haya entre ellas relaciones conceptuales, como es obvio). Propongo las siguientes definiciones:

— DEM (definición del escepticismo moral): No hay un modo justificado de acceder al contenido de un conjunto privilegiado de pautas morales válidas.

Puede que no lo haya por razones ontológicas, porque no existen dichas pautas o puede que por razones epistémicas, si lo hay, nosotros no tenemos una manera confiable de acceder a él.

— DRM (definición del relativismo moral): Hay varios conjuntos de pautas morales, válidas según el contexto de evaluación en el que se sitúen.

Vale la pena señalar que el contexto de evaluación puede venir dado por las creencias y actitudes de una persona en concreto (Nelson Mandela o Robert Mengele), por las creencias y actitudes de un grupo humano determinado (los cartagineses de los tiempos de Aníbal o los actuales kikuyos de Kenia) o por las tesis que sostienen diversas teorías morales (el utilitarismo, la moral kantiana, la moral aristotélica, etc.). No se trata de una tesis descriptiva, entonces sería trivialmente verdadera; sino de una tesis conceptual: hay varios conjuntos de pautas morales y no hay criterios para elegir entre ellos.

— DNCM (definición de no-cognoscitivismo moral): Los juicios morales no son aptos para la verdad y la falsedad.

El objetivismo moral asumido por la primera tesis iusnaturalista, TDN1, se compromete con la existencia de ese conjunto privilegiado de pautas morales, TDN1 es una tesis ontológica entonces:

— OMTO (la tesis ontológica del objetivismo moral): Hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias).

---

[10] Este rasgo es, para Joseph RAZ, la pretensión de autoridad y funda así el denominado positivismo jurídico excluyente. Una reciente defensa de este punto de vista en el contexto de una panorámica general sobre el iuspositivismo en J. RAZ, «The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism», en G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy,* Oxford, Hart Publishing, 17-36.

[11] *Vid.* W. J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994. Mi propia posición favorable en J. J. MORESO, «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en P. CHIASSONI (ed.), *Legal Ought,* Torino, Giappichelli, 2001, 37-64.

Merece la pena insistir en el hecho de que este compromiso ontológico es mínimo: es compatible con que esas pautas sean aquellas que elegirían personas en determinadas condiciones ideales, por ejemplo, y no suponen necesariamente la asunción de ninguna metafísica de entidades no-naturales.

El objetivismo moral contiene también una tesis epistémica:

— OMTE (la tesis epistémica del objetivismo moral): Los seres humanos disponemos de acceso epistémico confiable a este conjunto privilegiado de pautas morales válidas.

También esta tesis es compatible con multitud de epistemologías diversas para la moral (intuicionistas, constructivistas, etc.).

Por último, la tesis semántica del objetivismo moral:

— OMTS (la tesis semántica del objetivismo moral): Los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad.

También en este caso debemos ser cautelosos. Para algunos el conjunto de pautas morales está integrado por descripciones de alguna especie de mundo moral y, entonces, los juicios morales son verdaderos o falsos según se correspondan o no con ese mundo. De este modo, decir que torturar a los niños para divertirse es incorrecto moralmente es verdadero porque la incorrección es un predicado que la acción de torturar a los niños para divertirse posee. Para otros, en cambio, el conjunto de pautas morales está integrado por normas, expresiones imperativas, que no son ni verdaderas ni falsas. Para éstos, decir que torturar a los niños para divertirse es incorrecto moralmente es verdadero porque pertenece al conjunto privilegiado de una norma que prohíbe torturar a los niños para divertirse. Esto es, para los que conciben las pautas morales como prescripciones, los juicios morales son como proposiciones normativas cuya verdad depende de la pertenencia al conjunto privilegiado de determinadas normas.

Entonces, tal vez, el relativismo moral es la negación directa de la tesis ontológica del objetivismo moral. El escepticismo es la negación de la tesis epistémica del objetivismo. Y el no-cognoscitivismo es la negación de la tesis semántica del objetivismo moral. Y, también de un modo tentativo, lo que caracteriza la posición de filósofos como FERRAJOLI es el relativismo moral: no hay un conjunto privilegiado de pautas morales, sino múltiples que dependen de cada contexto; por lo que no puede haber un acceso epistémico confiable a dichas pautas y, por tanto, no hay algo como juicios morales absolutamente verdaderos, sino sólo juicios morales verdaderos relativamente a un determinado contexto de evaluación.

Termino con algunas tesis de ética normativa, de filosofía política en realidad, puesto que —como veremos— FERRAJOLI sostiene que dichas tesis suponen el rechazo del objetivismo moral. Se trata de lo que podemos denominar la tesis del liberalismo político y la tesis de la democracia:

— TLP (la tesis del liberalismo político): Los seres humanos son autónomos, libres e iguales y, por tanto, las instituciones políticas deben organizarse de modo que respeten y honren un conjunto de derechos (pongamos los de la Declaración de Naciones Unidas de 1948) que permiten a los seres humanos desarrollar su autonomía.

Es obvio que esta tesis está expresada de modo deliberadamente genérico, con el objetivo de que abrace las diversas concepciones del liberalismo político. Está expresada con la esperanza de captar el núcleo común de dicha doctrina política.

— TD (la tesis de la democracia): El modo de tomar las decisiones públicas (que afectan a todos) debe ser tal que tome en cuenta la voluntad de todos y cada uno y, en concreto, debe mostrar un grado de deferencia elevado a la voluntad de la mayoría.

Se usa aquí la expresión «grado de deferencia elevado» por dos razones: para evitar introducir aquí un debate sobre las virtudes y defectos de los diversos sistemas electorales y por no prejuzgar el modo institucional en el que la voluntad de la mayoría ha de estar sujeta al respeto de los derechos básicos de todos.

IV

FERRAJOLI, como no podía ser de otro modo, acepta que las constituciones codifican los principios de justicia y la doctrina de los derechos humanos desarrollados a partir de la Ilustración. Rechaza sin embargo que estos principios sean objetivamente válidos o verdaderos o algo similar. Y sus argumentos para este rechazo son fundamentalmente los dos siguientes:

En primer lugar, según FERRAJOLI, el cognoscitivismo y el objetivismo ético llevan inevitablemente al absolutismo moral y, en consecuencia, a la intolerancia con las opiniones disidentes. Y añade [12]: «Bajo este aspecto, el objetivismo y el cognoscitivismo moral más coherentes son, sin duda, los expresados por la moral católica». Es decir, el cognoscitivismo y el objetivismo son incompatibles con la democracia y el liberalismo (tal y como han sido definidos en III).

En segundo lugar, se trata de la tesis complementaria a la anterior, el liberalismo político y la democracia presuponen el no-cognoscitivismo ético. Éstas son sus palabras [13]:

> «El no-cognoscitivismo ético y la separación entre Derecho y moral, que forman el presupuesto del constitucionalismo garantista, son, por ello, el presupuesto y al mismo tiempo la principal garantía del pluralismo moral y del multiculturalismo, es decir, de la convivencia pacífica de las muchas culturas que concurren en una misma sociedad».

Es decir, y éste parece ser el argumento, el objetivismo moral conlleva el rechazo del liberalismo político y de la democracia, que sólo son conceptualmente posibles si se presupone el rechazo del objetivismo moral. ¿Por qué? ¿Cuál es el núcleo de este argumento? Me parece que se trata de un argumento que puede presentarse en forma de dilema: O bien aceptamos el relativismo en moral y entonces podemos abrazar el liberalismo político, aunque sin razones concluyentes; o bien aceptamos el objetivismo moral y, entonces con razones concluyentes, caemos en manos del fundamentalismo moral y desaparece el espacio para el liberalismo. En este sentido, FERRAJOLI y RATZINGER comparten este planteamiento del problema, aunque FERRAJOLI se queda con el cuerno del relativismo y RATZINGER con el del fundamentalismo [14].

---

[12] *Vid.* sección 4 del ensayo de FERRAJOLI.

[13] *Ibid.*

[14] He desarrollado el dilema así planteado por RATZINGER (Homilía en la misa *Pro eligendo Summo Pontifice*, de 18 de abril de 2005, *http://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_*

Pero, ¿por qué debemos aceptar este planteamiento dilemático del problema? Creo que es posible rechazar el relativismo sin abrazar el absolutismo, ni el fundamentalismo. El relativismo como una doctrina global es, efectivamente, una concepción muy inestable que probablemente se autodestruye. La proposición con arreglo a la cual todo es relativo es o bien absolutamente verdadera o bien relativamente verdadera. Si lo primero, entonces no todo es relativo; si lo segundo, entonces el relativismo no puede ser una doctrina global[15].

Cabe, sin embargo, que algunos relativismos locales sean plausibles. Las proposiciones referidas a la moda en el vestir son relativas a algún marco de referencia. Así la proposición que dice que la minifalda está de moda es verdadera si referida al marco de la Inglaterra de finales de los sesenta del pasado siglo y falsa cuando se refiere a la España de inicios de los cincuenta. Pero, ¿son todas las proposiciones morales relativas a diversos marcos de referencia? La plausibilidad del relativismo local en determinados ámbitos se funda en dos elementos: la capacidad de delimitar adecuadamente los marcos a los que nos referimos y la superación de las discrepancias cuando se cae en la cuenta de que nos referimos a diversos marcos. Así, en el caso de la minifalda, podemos delimitar adecuadamente las costumbres en el vestir de la Inglaterra de finales de los sesenta y de la España de los años cincuenta. Y, si se produce una discrepancia acerca de la vigencia de la moda de la minifalda, dicha discrepancia se esfuma cuando uno se da cuenta que el otro no hablaba de la España del Congreso eucarístico, sino de la Inglaterra de los Beatles. Como puede apreciarse, aunque sostengamos que la oración

[5] La minifalda está de moda,

expresa una proposición completa, verdadera en Londres, en los años sesenta, y falsa en la Barcelona de los cincuenta; lo que no es aceptable es decir que hay una contradicción genuina entre quien afirma [5] en el Londres de los sesenta y quien la rechaza en la Barcelona de los cincuenta.

Ahora bien, en el caso de los desacuerdos morales, por una parte, no disponemos de criterios de adecuación para la delimitación de los marcos, a veces se dice que son las diversas culturas, a veces que se trata del yo de cada uno y sus convicciones; y por otra parte, los debates acerca de la corrección moral de la guerra de Irak o de la práctica de la ablación del clítoris no se terminan arguyendo que éstas son las convicciones en mi cultura o en mi foro interno. «Aquí lo hacemos así» no es un buen argumento en moral.

Lo anterior arroja muchas dudas sobre el relativismo en moral. Pero es que además no es para nada cierto que todas nuestras proposiciones morales sean cuestionadas. Nadie en sus cabales sostendría que es moralmente correcto torturar a los niños para divertirse o traicionar a los amigos. Hay, en este sentido, proposiciones

---

sp.html) y lo he criticado en J. J. MORESO, «Una (relativa) refutación del relativismo moral», *Analisi e Diritto,* 2009, 89-97. Las condenas eclesiásticas del relativismo y del liberalismo proceden, como se sabe, de las Encíclicas de León XIII, *Humanum genus*, 1884, y *Libertas,* 1888.

Vid. http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_18840420_humanum-genus_it.html y *http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_20061888_libertas_it.html*.

[15] *Vid.* S. D. HALES, «A Consistent Relativism», *Mind*, 106, 1997, 33-52.

morales que ninguna persona razonable rechazaría, que son verdaderas en todas las perspectivas.

Y entonces, ¿cuáles son los criterios para aceptar o rechazar un determinado juicio moral? Bien, aunque ésta es una cuestión que ha causado y sigue causando la mayor perplejidad a los filósofos, podemos aventurarnos a sostener que la calidad de un juicio moral depende de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor. De este modo, argumentamos a menudo para fundamentar un ámbito especialmente protegido, el ámbito de los derechos humanos, como la esfera que delimita un espacio público razonable de convivencia y cooperación mutua. En dicho ámbito, caben múltiples formas de vida valiosas moralmente y es este pluralismo precisamente el que hace la vida en común merecedora de ser vivida.

En esto parece estar de acuerdo FERRAJOLI que sostiene que el rechazo del cognoscitivismo y del objetivismo ético deja un lugar para la argumentación racional aunque, añade, «la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más "verdadera" que la solución opuesta» [16]. Esto deja la posición de FERRAJOLI como muy inestable: hay un espacio para la argumentación racional, pero no tenemos un criterio para establecer cuáles son *mejores* razones. Es la misma inestabilidad que se hallaba en la defensa del relativismo filosófico (y ético) en la obra de Hans KELSEN [17]. Tal vez ocurre en FERRAJOLI algo semejante a lo que ocurría, en mi opinión [18], en KELSEN: usaba dos nociones de relativismo como si fueran la misma. Según la primera, relativismo equivale a *escepticismo* en materia de juicios de valor: ausencia de criterios para justificar cualquier juicio de valor frente a su opuesto. Según la segunda, relativismo equivale a algo como *prudencia epistémica*, es decir, disposición a revisar nuestros juicios a la vista de las razones de otros, apertura de miras, sensibilidad hacia la evidencia empírica. Obviamente que la segunda noción es plenamente aceptable y, también claramente, las razones que llevan a aceptar determinados juicios de valor son de naturaleza distinta a las razones que llevan a aceptar determinados juicios empíricos en el reino de las ciencias naturales. Todo ello, no obstante, no conduce a aceptar el primer sentido de relativismo. Es más, lo que el liberalismo político requiere es prudencia epistémica, obviamente, pero no escepticismo. ¿Cómo argumentar a favor de la democracia si no hay ningún criterio que haga preferible tomar las decisiones de modo democrático que hacerlo de otro modo? Y, ¿por qué es mejor que nuestras instituciones políticas respeten y honren los derechos humanos si no hay criterio de elección? Ésta es precisamente la razón por la cual se sostiene que un sistema que protege los derechos y establece la democracia presupone un compromiso firme con algunos valores que, cabe pensar, se eligen por buenas razones.

---

[16] En el apartado 4 de su ensayo.

[17] Pueden verse los siguientes trabajos de H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2.ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr, Paul Siebeck, 1929; «Foundations of Democracy», *Ethics,* 66, 1965, 1-101, y *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley, California University Press, 1957. Tres buenos estudios del relativismo kelseniano en J. BJARUP, «Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice», en R. TUR y W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 273-304; J. RUIZ MANERO, «Presentación: Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen», en H. KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, J. RUIZ MANERO (ed.), Madrid, Debate, 1988, y L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law,* Oxford, Oxford University Press, 2007, 134-144.

[18] Y he defendido en J. J. MORESO, «Kelsen on Justifying Judicial Review», *Legal Science and Legal Theory: An International Conference on Philosophy of Law*, Oxford, University of Oxford, septiembre 2010.

Otro elemento que parece preocupar a FERRAJOLI en su crítica del constitucionalismo principialista es que tiene como consecuencia el constitucionalismo ético, la confusión entre validez y justicia. La tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral termina siendo la tesis de la justicia de nuestros concretos arreglos institucionales, de nuestras constituciones reales. Si esto fuese verdad, habría razones para sospechar de este constitucionalismo. Pero ni siquiera Ronald DWORKIN, al que FERRAJOLI atribuye esta posición, sostiene algo semejante. DWORKIN sostiene que el Derecho es diferente de la moralidad y que la integridad jurídica previene a menudo al jurista de hallar en el Derecho lo que él desearía que éste contuviera y añade [19]:

> «Yo no leo la Constitución como si contuviera todos los principios importantes del liberalismo político. En otros escritos, por ejemplo, he defendido una teoría de la justicia económica que requeriría una redistribución sustancial de la riqueza en las sociedades políticas opulentas. Algunas constituciones nacionales intentan establecer un grado de igualdad económica como un Derecho constitucional, y algunos juristas americanos han argüido que nuestra Constitución puede ser comprendida como estableciéndolo. Pero yo no pienso de este modo, por el contrario, he insistido en que la integridad detendría cualquier intento de argumentar desde las cláusulas morales abstractas de la declaración de derechos, o desde cualquier otra parte de la constitución, hasta tal resultado» (notas al pie omitidas).

Y cualquier jurista competente diría que un extranjero que no ha adquirido la nacionalidad española no tiene derecho a votar en las elecciones generales (con arreglo a los arts. 13 y 23 del texto de la Constitución española), a pesar de que lleve más de un lustro viviendo y trabajando entre nosotros y, es más, a pesar de que sí tiene este derecho una persona, español por *ius sanguinis*, que nunca ha pisado el territorio de España. Una regulación que muchos de nosotros tildaríamos de injusta, aunque constitucionalmente válida [20].

V

No voy a analizar en esta sección el modo concreto que a mí más me satisface de configurar la distinción entre principios y reglas, ni tampoco los diversos enfoques de la ponderación como mecanismo de aplicación del Derecho. Lo he hecho en otros lugares y FERRAJOLI ha tenido la bondad de replicarme con la mezcla de agudeza y gentileza que le caracterizan [21].

---

[19] R. DWORKIN, «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en R. DWORKIN, *Freedom's Law*, *The Moral Reading of American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 36.

[20] Podría argumentarse tal vez que, en este supuesto, la necesidad de determinar con certeza el censo electoral —una razón institucional— conlleva que esta regulación sea *opaca* a las razones que subyacen a la concesión del derecho de sufragio que, dicho muy brevemente, guardan relación con la capacidad de elegir a aquellos que tomarán decisiones sobre los asuntos que nos afectan —una razón sustantiva—. Para la distinción entre razones institucionales y razones sustantivas, puede verse M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», *Doxa,* 24, 2001, 115-130. Una crítica al iusnaturalismo por su incapacidad precisamente de dar cuenta de este rasgo de las razones jurídicas *qua* razones institucionales, en J. DELGADO PINTO, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 387.

[21] J. J. MORESO, «Sobre los conflictos entre Derechos», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de L. Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2004, 159-170, J. J. MORESO, «Sobre "La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos" de Luigi Ferrajoli», en L. FERRAJOLI, M. ATIENZA y J. J. MORESO, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 117-132, y J. J. MORESO, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa*, 31, 2008, 280-287. L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia,* Madrid, Trotta, 2006; L. FERRAJOLI, *Principia*

Voy a tratar de mostrar, usando argumentos del propio FERRAJOLI, las razones que hacen compatible la incorporación de pautas morales en la legislación con el ideal ilustrado de certeza del Derecho. Por dicha razón propongo denominarlo *constitucionalismo incorporacionista*.

Así argumenta FERRAJOLI [22]:

> «Sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos, y quizás complacerse de ambas cosas en apoyo del activismo judicial, promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible. En efecto, entre los factores más graves de la discrecionalidad judicial y del creciente papel de la argumentación, está la crisis del lenguaje legal, que ha llegado a ser ya una verdadera disfunción: por la imprecisión y la ambigüedad de las formulaciones normativas, por su oscuridad y, a veces, su contradictoriedad, por la inflación legislativa que ha comprometido la capacidad reguladora del Derecho».

FERRAJOLI nos recuerda la importancia que algunos de los grandes juristas ilustrados (J. BENTHAM, G. FILANGIERI, G. ROMAGNOSI, por ejemplo) concedieron a la elaboración de una *ciencia de la legislación* que velara por la precisión y el rigor del lenguaje legislativo. Se trata del ideal ilustrado de la *certeza del Derecho* [23]. Es un ideal valioso y es cierto, como es obvio, que la inflación legislativa unida a cierto descuido en el proceso de elaboración legislativo conlleva imprecisiones y oscuridades que podrían haber sido evitadas.

Que la certeza es un ideal de la regulación jurídica es indiscutible. La certeza del Derecho es valiosa, pero debemos determinar las razones que cuentan en favor de la certeza, con el fin de establecer si es de importancia suficiente para derrotar cualquier tipo de razón en su contra. Gran parte de las razones para conferir valor a la certeza del Derecho se hallan vinculadas con el valor que otorgamos a la autonomía personal. Una de las dimensiones de la autonomía personal reside en la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo y sólo leyes claras, precisas y cognoscibles permiten a las personas elegir y trazar sus planes de vida con garantías. Ahora bien, ¿hay razones para llevar el ideal ilustrado de la certeza hasta el extremo? Pienso que no. Y pienso de este modo, porque considero que la autonomía personal exige también dejar abierta la posibilidad de que los destinatarios de las normas argumenten a favor de la justificación de su conducta, cuando *prima facie* las vulneran. Para ello, las normas jurídicas deben, en muchas ocasiones, dejar abierta la posibilidad de que sus destinatarios acudan a las razones subyacentes (que son de naturaleza moral) para explicar su comportamiento. Así operan, por ejemplo, las causas de justificación en Derecho penal y, muy a menudo, los vicios del consentimiento en Derecho privado [24].

Iuris. Teoria del diritto e della democracia, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. 2, 133-134; L. FERRAJOLI, «"Principia iuris": una discusión teórica», *Doxa*, 31, 2008, 393-436, y L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», en L. FERRAJOLI, M. ATIENZA y J. J. MORESO, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

[22] En la sección 6 de su ensayo.

[23] Y del que la obra de FERRAJOLI, desde su *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Roma-Bari, Laterza, 1989, es el más destacado representante contemporáneo.

[24] La analogía entre causas de exclusión de la responsabilidad en Derecho penal y vicios del consentimiento en Derecho privado procede de H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 1968, 28-53.

Un Derecho penal sin causas de justificación sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto, vulneraría en mayor medida la autonomía personal. Es más conforme con la autonomía personal permitir la legítima defensa frente a las agresiones, aunque ello comporta entrar en un terreno menos cierto que el más claro de averiguar si alguien ha causado lesiones a otro, ahora debemos comprobar si el ejercicio de defensa era legítimo, esto es, si era proporcionado, si no medió provocación suficiente, etc. FERRAJOLI reconoce con ejemplos similares el papel que representa la ponderación en estos supuestos [25]:

> «Una ponderación similar puede hallarse en todos los sectores del Derecho. Piénsese, al respecto, en la ponderación que requiere la valoración de circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa, consideradas tales por el Código Penal italiano si se juzgan "proporcionales a la ofensa" (o "al peligro"); o también en la ponderación impuesta por el principio de proporcionalidad de la pena, ya sea en abstracto o en concreto, en función de la gravedad del hecho cometido; o bien en la valoración, nuevamente sobre la base de la ponderación de los intereses contrapuestos en concreto, del daño "injusto" previsto por el art. 2.043 del Código Civil como presupuesto de la responsabilidad civil».

Es una observación muy pertinente la de FERRAJOLI: la ponderación es un actor en la aplicación de todas las ramas del Derecho. Sin embargo, FERRAJOLI insiste en que dicho fenómeno no es causado por la textura de las reglas o principios sino por «las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio. Las normas, ya sean reglas o principios, son siempre las mismas y tienen siempre, por tal motivo, igual peso. Los que cambian, los que son siempre irrepetiblemente diversos y deben, por tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables». Pero sólo es una forma de hablar. FERRAJOLI se da cuenta de que, en todas las ramas del Derecho hay, algunas veces, en las que la aplicación del Derecho se enfrenta a pautas en conflicto. Cuando algunos autores sostienen que se ponderan las pautas para establecer cuál es aplicable a un caso concreto determinado, obviamente quieren decir que, en aquellas circunstancias de hecho, determinada pauta cede su aplicación a otra y, en este sentido, pierde su fuerza. Lo que FERRAJOLI denomina, cada autor genera su léxico preferido, «connotación equitativa» es lo que, por ejemplo, Robert ALEXY denomina «ponderación o balance» [26]. Se trata exactamente de la misma actividad. Y, como FERRAJOLI sostiene, es una actividad habitual en el Derecho [27].

Un Derecho privado sin vicios del consentimiento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto. Si los contratos no fueran nulos por error o por intimidación sería más claro (como en la *stipulatio* del Derecho romano arcaico que, al decir unas palabras se contraía la obligación con independencia de cualquiera otra consideración) [28] cuando hemos contraído una obligación contractual, ahora hay que determinar, por ejemplo, la naturaleza del error, su relación con mi declaración de voluntad, etc. En re-

---

[25] En la sección 6 de su ensayo.

[26] *Vid.* R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* Frankfurt, Suhrkamp, 1986, 2.ª ed., 1994; «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Iuris,* 16, 2003, 131-140, y «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Iuris,* 16, 2003, 433-449.

[27] Desarrollo esta idea aplicada a las causas de justificación en Derecho penal y con una crítica de la concepción de los conceptos valorativos en el Derecho de FERRAJOLI, en J. J. MORESO, «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *Doxa,* 24, 2001, 525-545.

[28] El ejemplo de la *stipulatio* romana en el cap. 6 del estimulante libro de F. ATRIA, *On Law and Legal Reasoning,* Oxford, Hart Publishing, 2002.

sumen, para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del Derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida. En nuestro horizonte moral siempre existen valores en conflicto, cómo encajarlos sopesándolos, es nuestra tarea como agentes morales. Por tanto, el hecho de que la incorporación de conceptos morales en el Derecho disminuya, algunas veces, la certeza, no ha de verse como algo necesariamente inadecuado, por el contrario, a menudo es el único modo de hacer de nuestro Derecho un Derecho más respetuoso con nuestra autonomía personal.

Es lo mismo que ocurre con las reglas que usamos en nuestra vida cotidiana. Si yo quiero disfrutar de una mañana de trabajo tranquilo, sin ser molestado, para —por ejemplo— terminar la introducción de mi libro, puedo ordenarle a mi secretaria: «No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana». Esta es una regla clara y precisa, ahora bien si la secretaria la sigue sin excepciones, entonces pueden producirse consecuencias indeseadas: no me pasa la llamada de mi hermana que quiere comunicarme que mi madre ha sido ingresada en el hospital, no me pasa la llamada de la ministra de Ciencia e Innovación que quiere comunicar conmigo urgentemente, etc. Por esta razón, no deseamos secretarias que apliquen nuestras órdenes mecánicamente. Algunas veces, incluso, formulamos explícitamente el *defeater* que hace la regla inaplicable, decimos a nuestra secretaria: «No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana, excepto si es muy importante». Esta segunda regla es menos cierta y precisa que la primera. Aunque algunos casos están claramente excluidos por la regla (la llamada urgente de mi hermana, la llamada de la ministra), otros casos plantearán dudas a la secretaria y deberá ejercer su juicio para aplicar la norma. Ahora bien, esta segunda regla respeta en mayor medida mi autonomía (dado que en este caso, la aplicación de la norma me afecta fundamentalmente), que la primera mecánicamente aplicada. Alguien podría argüir, todavía, que sería mejor una regla que incluyera claramente las excepciones. Sin embargo, esto no es posible: son tantas y tan diversas las circunstancias que aconsejan la inaplicación de la norma, que no podemos encerrarlas en una formulación canónica que no contenga conceptos valorativos.

Pues bien, mi sugerencia es que el Derecho introduce conceptos morales de un modo análogo al del ejemplo de la secretaria y, con los mismos argumentos, de manera justificada. Los conceptos morales que el Derecho incorpora funcionan, a menudo, como *defeaters*, como causas de revocación, permitiendo a los ciudadanos ciertos comportamientos (la legítima defensa) o prohibiendo determinadas regulaciones a las autoridades (el establecimiento de penas crueles, por ejemplo). Las consideraciones morales, incorporadas al Derecho, funcionan como modos habilitados de acceso a las razones que subyacen a nuestras regulaciones, reduciendo así la posibilidad de una aplicación ciega de las reglas. En mi opinión, aunque la certeza es en alguna medida sacrificada, nuestra autonomía moral es más respetada[29].

Es obvio que la cultura del *constitucionalismo* ha incrementado el grado de incorporación de la moral al Derecho[30]. Pero lo ha hecho como un modo de que la aplica-

[29] He defendido este argumento previamente en J. J. MORESO, «Positivismo jurídico y aplicación del Derecho», *supra* en nota 9, y en *La Constitución: modelo para armar*, *supra* en nota 1, ensayo 1.

[30] *Vid.*, por todos, para una valoración positiva de este hecho, M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2002, 112-114.

ción del Derecho sea más respetuosa con los derechos básicos de todos los ciudadanos. Sin embargo, quiero aquí enfatizar que el incorporacionismo de pautas morales es un hecho del Derecho de la modernidad y que este hecho está justificado normativamente. Francisco LAPORTA, por ejemplo, ha señalado que es en el ámbito del Derecho penal donde mayor penetración ha tenido la dinámica de la moralización, hasta el punto que, con sus propias palabras, «las normas del Derecho penal tienden a aplicarse usando de un razonamiento práctico decididamente similar al razonamiento moral» [31], aunque como el mismo autor advierte [32]:

> «Las normas morales que tienen vigencia en el seno de los sistemas jurídicos no han adquirido tal vigencia *por* su carácter moral, es decir, en virtud de su propia importancia ética, sino porque una norma específicamente *jurídica* del sistema hace a ellas esa remisión. Esa precaución permite mantener al mismo tiempo la idea de que no hay conexión *necesaria* entre el Derecho y la moral, y la idea de que, a pesar de ello, las normas jurídicas de los ordenamientos modernos están con frecuencia penetradas de contenido moral».

Desde este punto de vista, el constitucionalismo es únicamente un caso especial de la incorporación de la moralidad al Derecho de la modernidad. Una incorporación, como nos recuerda LAPORTA, compatible con el rechazo de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral. La justificación de la incorporación de estas consideraciones morales en el Derecho es, precisamente, habilitar una aplicación del Derecho respetuosa de la autonomía de las personas.

Visto así, me parece, ninguno de los peligros que FERRAJOLI consideraba que acechaban tras el constitucionalismo principialista resultan activados: la incorporación de la moralidad en el Derecho y la aceptación del objetivismo moral no comportan la rehabilitación de la antigua tesis de la conexión entre el Derecho y la moral; la distinción entre reglas y principios no debilita la fuerza normativa de la constitución de un modo análogo a como la presencia en nuestros códigos penales de causas de justificación —que tienen, en el lenguaje actual, a todos los efectos la textura de principios— no debilita la fuerza normativa de nuestra legislación penal y, por último, obviamente que esta adopción de consideraciones morales aumenta en alguna medida la discreción de los jueces, que deben ahora usar el razonamiento moral para determinar el modo en que el Derecho debe ser aplicado, pero este incremento del activismo judicial es necesario para respetar los derechos y la autonomía de todos. La aplicación del Derecho no es una actividad mecánica, no sigue algoritmos predeterminados plenamente, es una actividad en la cual el juicio, la razonabilidad, la sabiduría práctica, la *frónesis* aristotélica, ocupan un lugar principal.

VI

Creo, por tanto, que el constitucionalismo incorporacionista es una posición consistente y atractiva si se lo configura como una posición iuspositivista por cuanto rechaza la segunda tesis (TIN2) del iusnaturalismo, la tesis de la conexión necesaria entre

[31] F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la moral,* México, Fontamara, 1993, 62.
[32] *Ibid.,* 61.

el Derecho y la moral. Puede haber un Derecho de obligaciones, como la *stipulatio* del Derecho romano arcaico, plenamente opaco a consideraciones sustantivas, aunque se trata de regulaciones muy insatisfactorias.

No obstante, acepta la primera tesis iusnaturalista (TIN1), la tesis del objetivismo moral y sus consecuencias ontológicas (OMTO), fundamentalmente que hay un conjunto privilegiado de pautas morales válidas universalmente, epistémicas (OMTE), que podemos conocer estas pautas y semánticas (OMTS), que hay un modo de caracterizar los juicios morales que los hace aptos para la verdad y la falsedad.

Es más, pienso que este modo de caracterizar el constitucionalismo es el más adecuado para dar cuenta de sus tesis normativas: la tesis del liberalismo político (TLP) y la tesis de la democracia (TD). Por la siguiente razón: no veo cómo podemos exigir que los diseños de nuestras instituciones políticas más importantes sean de modo que respeten los derechos básicos de todos y tengan en cuenta la opinión de todos, sino es porque consideramos que hay mejores razones para no torturar a las personas, no censurar sus publicaciones, ni castigarles por sus ideas y para preferir ser gobernados por ciudadanos elegidos por todos en elecciones periódicas y libres; si no hay mejores criterios que funden estas preferencias y opiniones que las contrarias, entonces, ¿por qué deberíamos adoptarlos como bases del constitucionalismo que vindicamos? [33].

Hay otro argumento que podría aducirse a favor del constitucionalismo garantista y que, de algún modo, puede considerarse implícito en FERRAJOLI: la razón que justifica resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son públicas, accesibles a todos y capaces de poner fin a las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas públicas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna *diferencia práctica*. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo [34]: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del Derecho a la moralidad

---

[33] Una conclusión semejante basada en premisas muy similares en Á. RÓDENAS, «¿Qué queda del positivismo jurídico?», *Doxa*, 26, 2003, 417-448.

[34] *Vid.* S. J. SHAPIRO, «On Hart's Way Out», en *Legal Theory*, 4, 1998, 469-508, y «The Difference That Rules Make», en B. BIX (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory,* Oxford, Oxford University Pres, 1998, 33-64. De algún modo es una tesis implícita en la defensa de Joseph RAZ del positivismo jurídico excluyente, *vid.* su reciente defensa en J. RAZ, «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10, 2004, 1-17. Entre nosotros ha sido vindicada por M.ª C. REDONDO, *vid.,* por ejemplo, «Legal Reasons: Between Universalism and Particularism», *Journal of Moral Philosophy,* 2, 2005, 47-68. La tesis, aunque reciente, ha dado lugar a una amplia discusión, puede verse J. L. COLEMAN, «Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4, 1998, 381-426; K. E. HIMMA, «Waluchow's Defense of Inclusive Positivism», en *Legal Theory*, 5, 1999, 101-116; «H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis», en *Legal Theory*, 6, 2000, 1-43; W. J. WALUCHOW, «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», *Legal Theory,* 6, 2000, 45-81, y M. KRAMER, «How Moral Principles Can Enter into the Law», en *Legal Theory*, 6, 2000, 103-107. Mi crítica a la tesis en J. J. MORESO, «In Defense of Inclusive Legal Positivism», *supra* nota 12, 59-63.

son superfluas [35] y, por tanto, la única concepción plausible del Derecho, como un instrumento capaz de producir diferencia práctica, es el constitucionalismo garantista. Tal vez, algo de esto quiera decir FERRAJOLI cuando aduce que el positivismo principialista rebaja la normatividad del Derecho y de la Constitución.

Creo que esta crítica cede si son plausibles los dos siguientes argumentos: en primer lugar, que las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del Derecho interviene activamente la argumentación moral [36] y, en segundo lugar, que la diferencia práctica del Derecho va de la mano de su estructura institucional [37].

Muchos supuestos de aplicación del Derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la Constitución española prohíbe, en su art. 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal Constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes, en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del Derecho es la que permite a las normas con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para aplicarla, para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional y, como tal, nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del Derecho. La incorporación de la moralidad en el Derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

Es decir, necesitamos reglas públicas, claras y precisas en la ciudad de Creonte. Pero, si no queremos caer en la crítica que le dirige Tiresias hacia el final de la tragedia

---

[35] Para un argumento, parcialmente semejante a éste, sobre la superfluidad del Derecho, aunque el autor no lo acepta, *vid.* C. S. NINO, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991, Appendix iv, 394-395.

[36] Una posición según la cual si se acepta el incorporacionismo entonces no hay modo plausible de detener la invasión del Derecho por parte de la moralidad en C. ORUNESU, P. PEROT y J. L. RODRÍGUEZ, «Derecho, moral y positivismo», en C. ORUNESU, P. PEROT y J. L. RODRÍGUEZ, *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales,* México, Fontamara, 2005, 59-90.

[37] Para este segundo punto véase el sugerente estudio de M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, 24, 2001, 115-130.

de Sófocles, dichas reglas deben tener maneras de desactivar su aplicación cuando hacerlo conlleva una clara ausencia de buen juicio, de *eubulía*. En la república constitucional de Creonte ha de haber lugar para considerar justificado el comportamiento de Antígona de enterrar a su hermano Polinices.

PRINCIPIOS, PONDERACIÓN, Y LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUS CRÍTICOS*

Giorgio Pino

Universidad de Palermo

RESUMEN. En el ensayo *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Luigi FERRAJOLI ofrece una oportuna clarificación teórica y conceptual sobre el así llamado neoconstitucionalismo. Por mi parte, en esta contribución intentaré desarrollar algunas observaciones sobre tres puntos acerca de los cuales me encuentro en relativo desacuerdo con el análisis de FERRAJOLI: el tratamiento de la distinción entre reglas y principios, la interpretación de la práctica de la ponderación, y el problema de la separación entre Derecho y moral. Además, ofreceré un panorama de los significados del (neo)constitucionalismo, y, respecto a tal panorama, consideraré el modo en el cual FERRAJOLI sitúa su propia posición teórica.

Palabras clave: FERRAJOLI, positivismo jurídico, neoconstitucionalismo, principios, ponderación, separación entre Derecho y moral.

ABSTRACT. Luigi FERRAJOLI's essay *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* represents a much-need theoretical and conceptual clarification of so-called neo-constitutionalism. In turn, in my contribution to the debate I will try to develop some reflections on three points of disagreement with FERRAJOLI: his theoretical assessment of the distinction between rules and principles, his interpretation of the «balancing» technique, and his views on the relation between law and morality. Also, I will offer a reconstruction of the meaning of «neo-constitutionalism», and will try to locate FERRAJOLI's theoretical stance within it.

Keywords: FERRAJOLI, legal positivism, neo-constitutionalism, legal principles, balancing, separation between law and morality.

---

* Fecha de recepción: 20 de junio de 2011. Fecha de aceptación: 4 de julio de 2011.

Agradezco a Mauro BARBERIS, Giorgio BONGIOVANNI, Paolo COMANDUCCI, Luigi FERRAJOLI, Riccardo GUASTINI, Aldo SCHIAVELLO y Vittorio VILLA por haber leído y comentado una versión precedente de este escrito.

El denso ensayo de Luigi FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* (de aquí en adelante: *CPCG*), ofrece una oportuna clarificación teórica y conceptual sobre el neoconstitucionalismo: un enfoque iusfilosófico que aúna algunas tesis claves fácilmente reconocibles, al menos en sus rasgos generales, pero que parece algo heterogéneo, poco analítico, por lo general declamatorio, algunas veces caracterizado más por tesis «en sentido negativo» (y en particular por el rechazo del positivismo jurídico) que «en sentido positivo». Es cierto, de todas maneras, que no obstante estos defectos teóricos (verdaderos o presuntos), el neoconstitucionalismo merece ser estudiado y discutido, ya que esta etiqueta captura algo central, o por lo menos interesante, de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Si bien FERRAJOLI ha sido considerado normalmente uno de los más reconocidos representantes del neoconstitucionalismo [1], el filósofo italiano es, en este ensayo, abiertamente crítico, e incluso polémico, respecto a tal movimiento. Por mi parte, en las observaciones que siguen, quisiera tomar en serio algunas de las tesis del neoconstitucionalismo (o mejor, algunas de las tesis que FERRAJOLI considera que son generadas automáticamente por, y que quizás él considera también como monopolio del, neoconstitucionalismo), y tratar de poner a prueba si las críticas de FERRAJOLI dan en el blanco. Dicho quizás más claramente, tengo la impresión de que las críticas de FERRAJOLI al neoconstitucionalismo terminen por envolver también algunas tesis que pueden ser consideradas compartibles —porque son teóricamente fecundas, en tanto adecuadas desde un punto de vista explicativo, etc.— independientemente de la adhesión al pensamiento neoconstitucionalista (cualquier cosa que sea lo que esto signifique), y que, por tanto, tales tesis pueden ser defendidas sin necesidad de suscribir en bloque todas las (otras) tesis habitualmente atribuidas al neoconstitucionalismo.

En particular, intentaré desarrollar algunas observaciones sobre tres puntos acerca de los cuales me encuentro en relativo desacuerdo con el análisis de FERRAJOLI: el tratamiento de la distinción entre reglas y principios (§ 2); la interpretación de la práctica de la ponderación (§ 3); el problema de la separación entre Derecho y moral (§ 4). Antes de tratar los puntos anteriores, ofreceré un panorama de los significados del (neo) constitucionalismo (§§ 1, 1.1), y, respecto a tal panorama, consideraré el modo en el cual FERRAJOLI sitúa su propia posición teórica (§ 1.2).

---

[1] Cfr. ad es. M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, 309; T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», en EAD. (comp.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 1-69 (9); EAD., «Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism», *Associations*, 6, 2002, núm. 2, 233-260 (234); P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía*, 16, 2002, 89-112 (90, 102-104); A. SCHIAVELLO, «Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?», *Diritto & Questioni pubbliche*, 3, 2003, 37-49 (37); M. CARBONELL, «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis», en M. CARBONELL y L. GARCÍA JARAMILLO (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, 153-164 (153); M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2011, 232-234. *Vid.* L. PRIETO SANCHÍS, «*Principia iuris*: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional», *Doxa*, 31, 2008, 325-354, para una indicación atenta de las divergencias entre el pensamiento de FERRAJOLI y las posiciones neoconstitucionalistas estándar.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO: LA PALABRAS Y LAS COSAS

Resulta útil recordar que el término «neoconstitucionalismo» tiene una historia un poco reciente, aun cuando muy afortunada, en el léxico teórico-jurídico [2]. No obstante la fortuna que tal término ha encontrado en el léxico teórico-general reciente (sobre todo en lengua italiana y española), al significado del mismo no le corresponde una claridad comparable: «neoconstitucionalismo» ha sido de hecho utilizado para definir una o más de las siguientes cosas (y tal vez todas en conjunto):

a) Una forma de Estado (el Estado constitucional de Derecho): una particular estructura de la organización jurídica, caracterizada por la presencia de una constitución extensa (que contiene un elenco de principios ético-políticos, de derechos fundamentales que normalmente provienen del iusnaturalismo iluminista, de la tradición ético-política liberal, pero también de ideales social-demócratas) [3], rígida (no modificable por medio de la ley ordinaria), y garantizada (por la presencia de alguna institución judicial o para-judicial que tiene el poder de anular los actos legislativos inconstitucionales) [4].

b) Una cultura jurídica que se explica en un conjunto de prácticas o de actitudes interpretativas y argumentos adoptados por los juristas y por las Cortes (por ejemplo: la interpretación adecuadora, la aplicación directa de la constitución, el efecto de irradiación, la super- o hiper-interpretación de la constitución, etc.), especialmente en el contexto de ordenamientos jurídicos que tienen las características mencionadas sintéticamente en el literal *a)* [5]; prácticas y actitudes interpretativas que presuponen evidentemente la asunción de la constitución como documento jurídico normativo o preceptivo, y que tienen como objetivo la mayor penetración posible de la constitución en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Se trata entonces de una particular conformación (no del ordenamiento, sino) de la cultura jurídica, caracterizada

---

[2] La maternidad del término «neoconstitucionalismo» es por lo general atribuida a S. POZZOLO, «Neoconstitucionalismo y especifidad de la interpretación constitucional», *Doxa*, 21, II, 1998, 339-353; EAD., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; EAD., «Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 2, 405-417. Sobre la difusión del término «neoconstitucionalismo», *vid.* también G. BONGIOVANNI, «Neocostituzionalismo», en *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, 2011.

[3] «Los *Bills of Rights* y los conjuntos de principios y valores contenidos en las actuales cartas constitucionales han absorbido buena parte de la ética occidental de los últimos cuatro siglos»: así B. CELANO, «Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*», 2006, en *Id., Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, CEPC, 2009, 171-191 (189).

[4] Cfr. ad es. R. DWORKIN, «Constitutionalism and Democracy», en *European Journal of Philosophy*, vol. 3, 1, 1995, 2-11 (*«By "constitutionalism" I mean a system that establishes individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise»,* 2); T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», cit., 8-9; P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., 89, 95-96; L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, 101 y ss.; G. BONGIOVANNI, «Neocostituzionalismo», cit.; hablan de *«new constitutionalism»* exactamente en este sentido, A. STONE SWEET y J. MATHEWS, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, 73-165 (esp. 85-87).

[5] La suma de *a)* y *b)* ha sido definida por Riccardo GUASTINI como el conjunto de las «condiciones de constitucionalización» del ordenamiento; cfr. R. GUASTINI, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003, 49-73; *vid.* también G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 121-126.

por la asunción de una particular ideología de las fuentes del Derecho (la supremacía estructural, material, y axiológica de la constitución respecto a las otras fuentes del Derecho) [6].

c) Una teoría del Derecho, es decir, un conjunto de tesis que tienen carácter explicativo y reconstructivo de una específica experiencia jurídica históricamente determinada —en particular, de la experiencia jurídica que se encarna en la forma de Estado indicada en el literal *a)*, y en la cultura jurídica indicada en el literal *b)*— tesis que conciernen por ejemplo a: la presencia de los principios en el ordenamiento jurídico, su estructura, y su rol en la argumentación jurídica; el concepto de ponderación; la presencia de elementos morales en la interpretación y argumentación jurídica; la reconstrucción del sistema de las fuentes en un ordenamiento constitucionalizado; la teoría de la norma y de la validez, etc. [7]; se puede hablar, en este sentido, de neoconstitucionalismo «teórico» [8].

d) Una filosofía del Derecho, o mejor un conjunto de tesis filosófico-jurídicas, sobre la naturaleza del Derecho, sobre sus relaciones con otros fenómenos sociales y normativos, una definición del concepto de Derecho, etc., entre las cuales se destacan: d_1) el énfasis sobre la conexión necesaria entre Derecho y moral, en una o más de las posibles formas en las cuales tal conexión se puede presentar: en particular, en relación con la definición del concepto de Derecho y la identificación del Derecho (la idea según la cual el Derecho no se puede agotar en el conjunto de las decisiones formalmente correctas adoptadas por una autoridad política, sino que incluya también, necesariamente, una dimensión material, sustancial, que lo ligue a la justicia) [9], y en relación con la continuidad entre razonamiento jurídico y razonamiento moral [10]; d_2) la primacía del punto de vista interno, el punto de vista del participante en la práctica jurídica, para la comprensión del Derecho [11]; d_3) la calificación del Derecho como una «práctica social»

---

[6] Hablan de «constitucionalización de la cultura jurídica» y de «cultura jurídica constitucionalizada», G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 337 (la constitucionalización como «operación cultural»); A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los Derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 64; G. PINO, «Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi», *Ragion pratica*, 28, 2007, 219-273 (224-230); *Id., Diritti e interpretazione*, cit., 121-126.

[7] Algunos ejemplos de investigaciones teóricas de este tipo: L. FERRAJOLI, «Il diritto come sistema di garanzie», *Ragion pratica*, 1, 1993, 143-161; *Id., Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007; L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., cap. 2; A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit.; C. BERNAL PULIDO, «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo», en M. CARBONELL (comp.), *Teorías del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, 289-325.

[8] Las expresiones «neoconstitucionalismo teórico», «metodológico» e «ideológico» han sido acuñadas por P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., parafraseando las otras acepciones análogas de positivismo jurídico individuadas por N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, edizioni di Comunità, 1977 (después, la tripartición es también empleada por M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi*, cit., 231-238).

[9] R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (MA), Harvard U. P., 1986; *Id., Justice in Robes*, Cambridge (MA), Harvard U. P., 2006; R. ALEXY, «On the Concept and the Nature of Law», *Ratio Juris*, vol. 21, 3, 2008, 281-299; *Id., «*The Dual Nature of Law», *Ratio Juris*, vol. 23, 2, 2010, 167-182; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, parte I.

[10] Las argumentaciones más explícitas en tal sentido están en R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto,* 1992, Torino, Einaudi, 1997; *Id., «*The Special Case Thesis», *Ratio Juris*, vol. 12, 4, 1999, 374-384; R. DWORKIN, *Justice in Robes*, cit. Sobre los diversos modos en los cuales se pueden dar las relaciones entre Derecho y moral, cfr. de todos modos *infra* § 4.

[11] R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., 14; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 53.

en la cual la dimensión interpretativa y argumentativa es central [12]; d_4) la idea de que esté disponible, siempre o en la mayor parte de los casos, una única respuesta justa o correcta a los problemas jurídicos [13]; d_5) la adhesión a alguna forma de objetivismo ético [14]; d_6) el rechazo del positivismo jurídico, o bien porque es considerado inadecuado para comprender los ordenamientos jurídicos contemporáneos, o bien porque es considerado equivocado en sí, una filosofía del Derecho inaceptable en cualquier contexto iuspolítico [15] (y no sólo en el ámbito de los Estados constitucionales). Se puede hablar, en este sentido, de neoconstitucionalismo «metodológico» [16].

e) *Una actitud ideológica y axiológica* de aprobación y adhesión moral a un Derecho que tenga ciertas características: en particular, un ordenamiento jurídico que tenga las características indicadas en el literal *a)*, y eventualmente en el cual se haya desarrollado una cultura jurídica como aquella indicada en el literal *b)*; en otras palabras, la actitud de adhesión ideológica puede ser manifestada, o sólo respecto al modelo «estructural» del Estado constitucional de Derecho, o también respecto a las prácticas interpretativas y argumentativas que caracterizan a una cultura jurídica constitucionalizada [17]. La adhesión ideológica al Estado constitucional de Derecho es una consecuencia del hecho de que tal forma de organización ius-política es considerada particularmente adecuada para realizar y tutelar valores determinados, como la democracia en sentido sustancial, la igualdad, los derechos fundamentales, etc. Se puede hablar, en este sentido, de neoconstitucionalismo «ideológico», o «axiológico» [18]. [Además, si se considera específicamente el punto de vista de los juristas, y en particular de los funcionarios, esta última acepción de neoconstitucionalismo es conceptualmente

---

[12] R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., 13; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, esp. cap. VII; M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, cit.; *Id., «*Tesis sobre Ferrajoli», *Doxa*, 31, 2008.

[13] R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., esp. cap. 7; R. Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, 5, 1988, 139-151; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford U. P., 2005, 278-279; M. Atienza, «In merito all'unica risposta corretta», *Ragion pratica*, 2010, 45-58.

[14] R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit.; R. Dworkin, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, 2, 1996, 87-139; M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, cit., 53.

[15] En el primer sentido, M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, 27, 2007, 7-28 (25). En el segundo, R. Dworkin, «The Model of Rules I», 1967, en *Id., Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978[2]; *Id., Law's Empire*, cit.; *Id., Justice in Robes*, cit. (esp. «Introduction» y caps. 6, 7, 8); R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit.; *Id., «*On the Concept and the Nature of Law», cit.

[16] Para una valoración en conjunto, G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005; *Id., «*Neocostituzionalismo», cit.; M. Barberis, «Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale», *Ragion pratica*, 14, 2000, 147-162 (150-151); S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., 11.

[17] Como veremos dentro de poco, la posición de Ferrajoli es sólo la primera; cfr. en cambio, p. ej., V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore: metodi, teorie, giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2004, 248, que reivindica «una actitud favorable al proceso de constitucionalización».

[18] *Vid.* una formulación clara de tal posición en U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, edizioni di Comunità, 1965, 150-153 (esp. 150, sobre la «integración constitucionalista del positivismo jurídico»); *Id., «*Dalla legge al codice, dal codice ai principî», *Rivista di filosofia*, 1987, 1, 3-15 (esp. 12-13). Al neoconstitucionalismo ideológico le es algunas veces imputada la afirmación de una obligación moral incondicionada de obediencia al Derecho del Estado constitucional (cfr. P. Comanducci, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., 100): no obstante, esta parece ser una representación caricaturesca, fácilmente desmentida si se leen las obras de los principales autores neoconstitucionalistas (cfr. a propósito J. J. Moreso, «Comanducci sobre neoconstitucionalismo», *Isonomía*, 19, 2003, 267-282, esp. 272-273).

indistinguible respecto a la acepción del literal *b)*; esto resulta evidente si se considera que la adhesión a una ideología de las fuentes del Derecho por parte de un jurista no es otra cosa que una elección ético-política [19]].

1.1. Sobre los usos de «neoconstitucionalismo» (una modesta propuesta de limpieza lingüística y conceptual)

Si esta reconstrucción de los usos de la palabra neoconstitucionalismo es plausible, se pueden hacer tres observaciones.

La primera observación concierne al problema de la heterogeneidad del neoconstitucionalismo, que por lo general es señalada, desde un punto de vista crítico, como un vicio [20]: la pluralidad de las tesis sostenidas por los autores supuestamente neoconstitucionalistas hace que el neoconstitucionalismo resulte en un coacervo de tesis heterogéneas, algunas veces contradictorias entre ellas, y por tanto destinadas a crear problemas y aporías en la compresión filosófica del Derecho, y no a resolverlas. Ahora bien, creo que esta objeción por un lado sea muy exigente y, por otro lado, que sea inexacta.

La objeción es muy exigente porque bajo su filo caerían las cabezas de muchas, probablemente de todas, las corrientes filosófico-jurídicas (y filosóficas en general) descritas en un nivel suficiente de abstracción. Por ejemplo, no se puede decir que el mismo «positivismo jurídico» exhiba un grado considerable de homogeneidad y compactibilidad: incluso las tesis más fundamentales del positivismo jurídico son objeto de controversia entre los sostenedores del positivismo jurídico [21] (como lo demuestra la, última en orden de tiempo, controversia entre iuspositivistas «inclusivos» y «exclusivos»), tanto así que algunas veces se considera preferible calificar el positivismo jurídico como, genéricamente, una tradición de investigación, e incluso otras veces se propone la cancelación misma de la locución «positivismo jurídico» del léxico de la teoría del Derecho [22].

La objeción es inexacta, además, porque *no es el movimiento* neoconstitucionalista, en efecto, el que está patológicamente compuesto y el que es heterogéneo. Más bien, *es la palabra* «neoconstitucionalismo» la que es usada para designar cosas (muy) diversas

---

[19] Sobre la dimensión política de la actividad del jurista, cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit.; M. JORI, «Le scelte politiche del giurista», *Rivista di diritto processuale*, 3, 1973, 306-313; G. PINO, «L'applicabilità delle norme giuridiche», ponencia en el XVI *Seminario hispano-italiano-francés de teoría del Derecho* (Barcelona, Università Pompeu Fabra, octubre 2010).

[20] Cfr. ad es. A. SCHIAVELLO, «Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?», cit., 37.

[21] V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, cit., 26, incluye al positivismo jurídico entre las «nociones esencialmente contestables», es decir, los conceptos cuyo «núcleo duro» es sujeto a contestación. Para una panorámica de la diversidad de posiciones que florecen bajo la enseña del positivismo jurídico es útil consultar la antología de A. SCHIAVELLO y V. VELLUZZI (comps.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005.

[22] Cfr., en el primer sentido, V. VILLA, «Concetto e concezioni di diritto nelle tradizioni teoriche del positivismo giuridico», en G. ZACCARIA (comp.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli, 1991, 155-189; J. RAZ, «The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism», en G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, 17-35 (*«theories belong to a tradition by their frame of reference, sense of what is problematic and what is not, and by similar historical features which do not presuppose that they all share a central credo»,* 22). En el segundo sentido, G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, 88.

entre ellas: un tipo de ordenamiento jurídico, un conjunto de prácticas interpretativas, una teoría del Derecho, una filosofía del Derecho, una actitud ideológica.

Por mi parte, considero apropiado usar el término neoconstitucionalismo para designar, con las especificaciones oportunas: un tipo de cultura jurídica [el sentido *b)*]; un tipo de teoría del Derecho [el neoconstitucionalismo teórico, el sentido *c)*]; y un tipo de ideología del Derecho [el neoconstitucionalismo ideológico, el sentido *e)*]. Me parece en cambio inoportuno utilizar «neoconstitucionalismo» tanto para designar un tipo de ordenamiento jurídico [el sentido *a)*], como para designar las tesis iusfilosóficas sintéticamente descritas en el literal *d*) —el así llamado neoconstitucionalismo «metodológico»—.

En el primer caso (un tipo de ordenamiento jurídico), la ambigüedad del «neoconstitucionalismo» puede de hecho ser fácilmente evitada utilizando la locución, además bastante difundida, «Estado constitucional de Derecho».

En el segundo caso (un conjunto de tesis filosóficas sobre la naturaleza del Derecho), el uso de la palabra «neoconstitucionalismo» parece inapropiado por varias razones: en primer (y menos importante) lugar, porque los autores que sostienen las tesis calificadoras del así llamado neoconstitucionalismo «metodológico» no se autodefinen de un modo tal (algunos de ellos se autodefinen más bien anti-positivistas, o post-positivistas, o no-positivistas) [23]; en segundo lugar, porque las tesis filosóficas que caracterizan esta orientación (el énfasis sobre la conexión necesaria entre Derecho y moral, la primacía del punto de vista interno, la calificación del Derecho como una «práctica social» interpretativa y argumentativa, la idea de la única respuesta justa, el rechazo del positivismo jurídico, etc.) *no tienen algún nexo necesario* con la presencia de una constitución al interior de un ordenamiento jurídico, ni con la circunstancia de que una eventual constitución tenga ciertos contenidos o de que esté garantizada por procedimientos agravados de modificación y de institutos de *judicial review* [24]; ni los autores presuntamente neoconstitucionalistas buscan argumentar a favor de un nexo similar entre sus tesis y la presencia de una constitución —normalmente ellos sostienen que sus tesis tienen carácter enteramente general sobre la naturaleza del Derecho—. En este sentido un punto que efectivamente aúna a todos los autores definidos neoconstitucionalistas es la tentativa de superar las tesis fundamentales del positivismo jurídico. Por estas razones, es preferible abandonar del todo la etiqueta «neoconstitucionalismo metodológico» y adoptar, en cambio, a falta de mejor, aquella de post-positivismo, o anti-positivismo, o no-positivismo [25] (en lo que sigue utilizaré estas etiquetas como sinónimas).

---

[23] Cfr. p. ej., R. ALEXY, «On the Concept and the Nature of Law», cit.; *Id.,* «The Dual Nature of Law», cit.

[24] Esto es evidente de modo particular en R. DWORKIN, «The Model of Rules I», cit.; *Id., Law's Empire*, cit.; *Id., Justice in Robes*, cit.; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; *Id.,* «On the Concept and the Nature of Law», cit.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., parte I. Cfr. además S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., 126-127, que hace un elenco de diez tesis «neoconstitucionalistas» *en las cuales la constitución no es mencionada*, y ninguna de las cuales está conectada con la presencia de una constitución extensa, rígida y garantizada; de modo análogo, M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, cit., 309, hace un elenco de doce tesis que caracterizan el «paradigma constitucionalista» (que se vuelven catorce en *Id., El Derecho como argumentación*, cit., 55-56), de las cuales *sólo dos* están conectadas con la presencia de la constitución (la reformulación en sentido sustancial de la validez, y la interpretación conforme a la constitución).

[25] Cfr. p. ej., T. BUSTAMANTE, «A Defence of Post-Positivism», *Analisi e diritto*, 2008, 229-249. Sobre la connotación anti-positivista de los autores normalmente definidos neoconstitucionalistas, *vid.* S. POZZOLO,

La segunda observación es que, exactamente como observaba BOBBIO a propósito de los tres significados del positivismo jurídico [26], los varios aspectos del neoconstitucionalismo no sólo son cosas diversas, sino que no se implican recíprocamente —es por tanto posible adherir a una forma de neoconstitucionalismo y no a otra—; y además, las varias formas de neoconstitucionalismo pueden ser defendidas o bien criticadas sobre la base de argumentos diferentes (en otras palabras, no se trata de tesis necesariamente aceptables o rechazables en bloque).

La tercera observación es que resulta ampliamente redimensionado, o de todos modos seriamente calificado, el lugar común de la incompatibilidad o contraposición entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. De hecho, una vez aclarado que tanto «postivismo jurídico» como «neoconstitucionalismo» hacen referencia a cosas diversas, se pueden someter a comparación y contraste uno y otro, pero operando, por decirlo así, sólo sobre entidades homogéneas.

Así, se descubrirá fácilmente que el neoconstitucionalismo teórico está ciertamente en conflicto con el positivismo jurídico [27] (porque, banalmente, el objeto que tales teorías buscan describir y explicar es diverso), pero esto no parece un gran resultado visto que, desde hace tiempo, el positivismo teórico ha sido abandonado por los mismos iuspositivistas. Es más, es del todo posible una declinación iuspositivista del neoconstitucionalismo «teórico»: un intento de explicación de las características del Estado constitucional de Derecho a la luz de una metodología iuspositivista. Como afirma Paolo COMANDUCCI, «el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. [...] la teoría

---

Neocostituzionalismo e positivismo giuridico, cit., 11; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., 247-248; A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit., 60. Por otra parte, también el positivismo jurídico «se caracteriza originariamente por oposición a todas las formas de iusnaturalismo» (R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, 275; cfr. también A. ROSS, «Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo», 1961, en A. SCHIAVELLO y V. VELLUZZI (comps.), *Il positivismo giuridico contemporaneo*, cit., 79-95, 81).

Sea dicho de paso, que no encuentro razones decisivas para incluir a Carlos NINO en el panorama de los autores neoconstitucionalistas, considerando que NINO: *a)* ha sido crítico respecto a la *judicial review*, un instituto querido por los neoconstitucionalistas teóricos e ideológicos, y que es característico de la estructura del Estado constitucional de Derecho [cfr. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994; «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», en M. ROSENFELD (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy. Theoretical Perspectives*, Durham (NC), Duke U. P., 1994, 295-333; de modo que no me parece compartible la calificación de NINO como «neoconstitucionalista ideológico» en M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi*, cit., 237-238]; *b)* nunca ha refutado la tesis positivista de la separación *identificativa o conceptual* entre Derecho y moral (cfr. *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980², cap. 1; en *Derecho, moral y política*, cit., cap. 1, defiende en cambio una versión débil y pragmática de esta tesis); *c)* ha sostenido algunas formas de conexión entre Derecho y moral —la conexión *justificativa* y la conexión *interpretativa*— que son del todo compatibles con, y aún más, en cualquier modo requeridas por, el positivismo metodológico (cfr. *Derecho, moral y politica*, cit., caps. 2 y 3; «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», *Ragion pratica*, 1, 1993, 32-37).

[26] N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., caps. V y VI.

[27] Vale enunciar, en la caracterización ofrecida por N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 107-110, el conjunto de las siguientes tesis: el carácter eminentemente coactivo del Derecho (el Derecho es un conjunto de normas que se hacen valer con la fuerza, y cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social); la teoría imperativista de la norma jurídica; el estatalismo; la supremacía de la ley entre las fuentes del Derecho; la completitud y coherencia del ordenamiento, el formalismo interpretativo.

del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días»[28].

Igualmente, el neoconstitucionalismo ideológico es contrastante con el positivismo ideológico[29], y una versión actual de este contraste está representada por el debate sobre la legitimidad de la *judicial review of legislation* y sobre su compatibilidad con la democracia representativa y los valores de igualdad y de autonomía de los ciudadanos[30].

Por el contrario, el neoconstitucionalismo ideológico no es incompatible con el positivismo metodológico (y, por tanto, con una declinación positivista del neoconstitucionalismo teórico); en realidad son dos empresas intelectuales diversas: una es una empresa epistemológica, cognoscitiva, que consiste en la explicación de las características del Estado constitucional de Derecho; la otra es una empresa de filosofía política normativa, que consiste en la recomendación y en la aprobación de un cierto modelo de Estado, o bien en la asunción de una cierta ideología de las fuentes del Derecho; y, una vez que los dos planos hayan sido oportunamente distinguidos, ambas empresas intelectuales pueden ser perseguidas, sin contradicción alguna: nada impide a un iuspositivista ser *también*, sobre un plano filosófico-político, un defensor del Estado constitucional de Derecho. En otras palabras, la asunción de una posición ético-política favorable al Estado constitucional de Derecho, o a los valores encarnados en esta forma de Estado (la democracia en sentido sustancial, los derechos fundamentales de la tradición liberal y social-demócrata, etc.), no está conceptualmente conectada con la exclusiva adopción de una filosofía del Derecho neoconstitucionalista o post-positivista: una no implica la otra.

Por último, el neoconstitucionalismo metodológico, o anti-positivismo, es incompatible con el positivismo jurídico metodológico (identificable con cualquier posición

---

[28] P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., 102. Tentativas de análisis iuspositivista de las características del Estado constitucional de Derecho son ofrecidas por L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; G. PINO, «Legal Positivism in Contemporary Constitutional States», *Law and Philosophy*, vol. 18, 1999, 513-536; T. MAZZARESE, «Towards a Positivist Reading of Neo-constitucionalism», cit.; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, cit., 248-260; y también la literatura citada *supra*, nota 7.

[29] El positivismo ideológico es una doctrina de la obediencia al Derecho según la cual hay una obligación moral de obedecer al Derecho positivo. Según N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 110-112, 114-117, se presenta en dos versiones: una *versión moderada* (la existencia misma de una reglamentación jurídica, emanada por un poder que tiene el monopolio de la fuerza en un grupo social, cumple con una importante función de orden, paz social, certeza en las relaciones intersubjetivas, es decir, contribuye en sí al logro de valores considerados merecedores de ser perseguidos), y una *versión radical* (el Derecho es un valor en sí, por esto mismo el Derecho válido también es Derecho justo). El positivismo ideológico moderado es una filosofía política inteligible y sensata, que por un lado individualiza algunos valores que merecen ser perseguidos, y por otro lado señala al Derecho positivo como un instrumento plausible para perseguirlos; por el contrario, la versión radical es sobre todo una actitud o un preconcepto, que opera tácitamente cuando no se distingue entre el Derecho positivo y los valores que éste persigue.

[30] Cfr. C. NINO, «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», cit.; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford U. P., 1999; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003; J. C. BAYÓN, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. BETEGÓN, J. DE PÁRAMO y L. PRIETO SANCHÍS (comps.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, 67-138; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutional Democracy*, Cambridge, Cambridge U. P., 2007, cap. I. Para una primera introducción a este debate, cfr. P. COMANDUCCI, «Il neocostituzionalismo ideologico», en I. FANLO CORTÉS y R. MARRA (a cura di), *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Torino, Giappichelli, 2008, 141-151.

filosófico-jurídica que suscriba la tesis de los hechos sociales —todo el Derecho es sólo Derecho positivo, puesto exclusivamente por actos humanos— y la tesis de la no necesaria conexión identificativa entre Derecho y moral —la identificación del Derecho válido puede prescindir de consideraciones morales—).

1.2. La posición de FERRAJOLI

Como lo decía antes, FERRAJOLI es abiertamente crítico respecto al neoconstitucionalismo, del cual ofrece también una caracterización en parte original. En particular, al interior del área semántica del neoconstitucionalismo FERRAJOLI individualiza:

— El «ius-constitucionalismo» o «Estado constitucional de Derecho» que designa un ordenamiento jurídico en el cual existe un nivel jurídico-positivo superior a la legislación ordinaria [esto corresponde con aquello que he indicado arriba como sentido *a)* del neoconstitucionalismo].

— El constitucionalismo «argumentativo», o «principialista», en contraposición con el constitucionalismo «normativo» o «garantista». Esta contraposición es la que más interesa a FERRAJOLI, y de esto nos ocuparemos en lo que sigue de este trabajo.

El constitucionalismo principialista se basa, según FERRAJOLI, sobre la idea que los derechos fundamentales sean valores o principios morales, estructuralmente diversos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, sujetos no a subsunción, sino a ponderación legislativa y judicial. El constitucionalismo principialista puede presentarse sea en una versión iusnaturalista (representada por R. DWORKIN, R. ALEXY, M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO y G. ZAGREBELSKY: cfr. *CPCG*, nota 50), sea en una versión iuspositivista; las dos versiones son distintas por la adhesión por parte de la primera, y no por parte de la segunda, a la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral (cfr. *CPCG*, nota 4). De la calificación de los derechos fundamentales como principios, se siguen las tres principales tesis del constitucionalismo principialista: la conexión entre Derecho y moral; la distinción cualitativa entre principios y reglas; el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional [31].

En cambio, el constitucionalismo garantista es puramente positivista, y tiene como tesis fundamental la idea que los derechos fundamentales implican la existencia o imponen la introducción de las reglas que garantizan su respeto (las reglas son las garantías de los derechos): se sigue la sujeción (incluso) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, sino también sustanciales (relativas a los contenidos de las normas producidas), cuya violación genera «antinomias por comisión» o «lagunas por omisión».

Esta última es obviamente la posición teórica adoptada por el mismo FERRAJOLI quien por tanto, usando las categorías introducidas antes (§ 1), puede ser considerado,

[31] Como se puede ver, en estas acepciones del neoconstitucionalismo FERRAJOLI hace confluir indistintamente elementos que pertenecen a planos diversos: prácticas interpretativas y argumentativas [neoconstitucionalismo en sentido *b)*]; tesis sobre la estructura de la norma jurídica [neoconstitucionalismo en sentido *c)*]; tesis sobre la relación entre Derecho y moral [neoconstitucionalismo en sentido *b)*]. Como pretendí argumentar arriba (§ 1.1), sobreponer estos niveles no contribuye a la claridad y fecundidad del análisis del neoconstitucionalismo.

desde este punto de vista, un neoconstitucionalista teórico. En particular, FERRAJOLI afirma la superioridad neta del constitucionalismo garantista sobre aquel principialista, sea desde el punto de vista de la mayor capacidad explicativa del primero respecto al segundo (por ejemplo, los principialistas ven principios y ponderación en todas partes, mientras que el rol tanto de los principios como de la ponderación sería en realidad mucho más circunscrito), sea desde el punto de vista «normativo», en cuanto que sólo el constitucionalismo garantista estaría en grado de preservar la normatividad de la constitución —mientras los principialistas determinarían, en última instancia, su vaciamiento—.

Además, la posición de FERRAJOLI es adscribible también al neoconstitucionalismo ideológico porque, más allá de las tesis de tipo estrictamente teórico, incluye también una valoración abiertamente favorable a la forma de Estado encarnada en el Estado constitucional de Derecho [el significado *a)* de neoconstitucionalismo] [32], considerado como una técnica esencial para lograr la democracia en sentido sustancial y para la tutela de los derechos fundamentales en la forma de derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales — mientras FERRAJOLI es claramente crítico respecto a las prácticas argumentativas ampliamente difusas en las culturas jurídicas constitucionalizadas [el significado *b*) de neoconstitucionalismo]. FERRAJOLI en otras palabras asocia, de modo declarado, una filosofía política a la teoría del Derecho, y ambas son parte de «un proyecto normativo que requiere ser realizado a través de la construcción —mediante políticas y leyes de actuación— de garantías idóneas e instituciones de garantía» (*CPCG*, § 3).

Incidentalmente, se puede notar que el nexo estrechísimo que FERRAJOLI establece entre teoría del Derecho y filosofía política provoca algunas distorsiones de perspectiva que, a mí me parece, dirigen cada vez más a FERRAJOLI en la dirección del neoconstitucionalismo ideológico (con el riesgo de que la ideología termine, por tanto, por contaminar la teoría). Un ejemplo de esta superposición entre teoría e ideología (o filosofía política) es el siguiente: FERRAJOLI presenta el constitucionalismo garantista como una evolución y un complemento del paradigma iuspositivista, no sólo porque éste ofrecería al positivismo los instrumentos teóricos para comprender la estructura del Estado constitucional (hasta aquí se trata de una afirmación del todo pacífica, por lo menos entre los iuspositivistas), sino también porque permitiría democratizar los *contenidos* de la producción normativa, mientras el «primer positivismo» consentía una democratización sólo de las *formas* de la producción normativa [33].

Esta tesis suena un poco extraña. Primero, no es claro en qué sentido se hable, aquí, de positivismo jurídico: ¿positivismo en sentido teórico, metodológico, o ideo-

---

[32] En efecto, de tal forma de Estado, o de tal conformación del ordenamiento jurídico, FERRAJOLI parece refutar un solo aspecto: la formulación vaga e indeterminada de los derechos fundamentales por parte de las constituciones «largas»: cfr. *CPCG*, § 6; *Id.,* «I diritti fondamentali nella teoria del diritto», en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 119-175 (158); sobre esto, *vid.* también *infra*, § 2.

[33] *CPCG*, § 3: «Sólo la rígida disciplina positiva de la producción jurídica está en condiciones de democratizar sus formas y contenidos. El primer iuspositivismo del Estado legislativo de Derecho equivale a la positivización del "ser" legal del Derecho, que permite la democratización de sus formas de producción, *condicionando su validez formal a su carácter representativo*, sobre el cual se funda la dimensión *formal* de la democracia política» (las primeras cursivas son mías, la segunda es del texto original).

lógico? En realidad, parece que aquí FERRAJOLI use «positivismo jurídico» para designar al mismo tiempo *una forma de Estado*, es decir, el Estado legislativo del siglo XIX, *y la ideología* que ha acompañado su formación. En segundo lugar, el nexo establecido por FERRAJOLI entre positivismo jurídico y democracia (incluso democracia en sentido formal-procedimental) es discutible desde un punto de vista historiográfico, ya que el positivismo jurídico se desarrolla como teoría (e ideología) del Estado de Derecho del siglo XIX, que ciertamente no se puede considerar como un modelo de Estado democrático y de democracia representativa [34]. En tercer lugar, al menos si adoptamos el punto de vista del positivismo metodológico (que concibe el Derecho como un hecho, como el producto de específicos actos humanos), el carácter democrático representativo de los procedimientos que se siguen para producir el Derecho no juega de forma directa ningún rol [35]: las herramientas conceptuales de KELSEN, por ejemplo (quien fue incluso un ferviente demócrata), no requiere de ningún modo que la delegación de la autoridad normativa (el carácter nomodinámico del Derecho) se otorgue a órganos representativos —y en esto está precisamente la «pureza» de la teoría kelseniana [36]—. Dicho esto, incluso es verdad que *algunas características* del modelo teórico positivista se prestan a interesantes desarrollos en términos de teoría democrática (por ejemplo, el énfasis mismo sobre la positividad del Derecho abre inmediatamente la pregunta sobre quién es el sujeto autorizado para poner y modificar el Derecho, y con qué forma de legitimación) [37], y de hecho un autor iuspositivista como Uberto SCARPELLI ha sostenido, de modo notorio, la oportunidad política de una *integración «democrática»* del positivismo jurídico (la adhesión al positivismo jurídico está políticamente justificada sólo si éste se integra con valores democráticos) [38] —esto demuestra, *a contrario*, que el vínculo entre positivismo y democracia es absolutamente contingente—.

De todos modos, en los parágrafos siguientes intentaré examinar las objeciones que FERRAJOLI dirige al constitucionalismo principialista, no para defender tal posición teórica, sino para verificar, sobre todo, si el constitucionalismo garantista sea efectivamente preferible desde un punto de vista explicativo o desde uno normativo, por lo menos con referencia a los tres temas ya señalados de la definición y rol de los principios (§ 2), de la ponderación (§ 3), y de la separación entre Derecho y moral (§ 4).

---

[34] Sobre los orígenes históricos del positivismo jurídico y su vínculo con el Estado del siglo XIX, cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico,* 1961, Torino, Giappichelli, 1996. Pero si se considera que, lo que le parece a muchos, el primer iuspositivista en la historia de las ideas ha sido Thomas HOBBES, el vínculo histórico entre positivismo y democracia se disuelve del todo.

[35] Cfr. M. HARTNEY, «Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation», *Ratio Juris*, vol. 7, 1, 1994, 44-55: *«Legal positivism is simply a theory about what counts as law and nothing else: Only rules with social sources count as legal rules. [...] Some theorists may be legal positivists because they are moral skeptics or utilitarians or political authoritarians or because they believe all laws are commands, but none of these theories are part of legal positivism»* (48).

[36] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Statu,* 1945, Milano, Etas, 1994, 445-446: «El ideal del positivismo jurídico es preservar la teoría del Derecho positivo respecto a la influencia de cualquier tendencia política o, lo que es lo mismo, de cualquier juicio subjetivo de valor».

[37] Consideraciones de este tipo son desarrolladas, p. ej., por J. WALDRON, «Can There Be a Democratic Jurisprudence?», *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, 675-712; WALDRON pone también en evidencia los perfiles sobre los cuales el modelo positivista no ofrece ninguna contribución a la teoría de la democracia.

[38] U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 149.

2. SOBRE EL DERECHO NEOCONSTITUCIONALISTA «POR PRINCIPIOS»

FERRAJOLI plantea tres tipos de crítica a la distinción entre reglas y principios (y en realidad a la configuración misma de la categoría de los principios): escaso alcance empírico, escasa fuerza explicativa, consecuencias prácticas nefastas de la distinción (el debilitamiento del valor vinculante de las normas constitucionales). Por tanto, de las tres críticas las primeras dos son de carácter teórico-general, la tercera es normativa y de política del Derecho. FERRAJOLI propone además sustituir las definiciones que circulan en la literatura «principialista» (los principios son ponderables y derrotables, son «preceptos de optimización», son normas que no se aplican, sino que «se respetan», etc.) con una distinción entre principios «directivos» y principios «regulativos» —los primeros consisten en directivas para el legislador futuro, los segundos son, en cambio, inmediatamente vinculantes y se aplican por medio de la subsunción; además, están también los principios que atribuyen derechos sociales, que tienen características tanto de los principios «directivos» como de los principios «regulativos»—. No obstante, en lo que sigue, me ocuparé sólo de los principios regulativos.

En lo que concierne al aspecto teórico de la cuestión, FERRAJOLI, por un lado, asume como blanco de crítica la teoría de la distinción «fuerte» entre reglas y principios (la tesis según la cual reglas y principios son dos tipos de normas mutuamente exclusivas, que tiene propiedades claramente distintas e incompatibles), que es compartida en una forma u otra por todos los autores adscribibles al constitucionalismo «principialista» no positivista, mientras que los autores que se adhieren a cualquier forma del iuspositivismo normalmente defienden la teoría de la distinción débil (cuantitativa, gradual) entre reglas y principios [39]. A la teoría de la distinción fuerte, FERRAJOLI opone la idea que entre reglas y principios se dé únicamente una diferencia de *estilo*, en la formulación de las respectivas disposiciones: los principios son normas formuladas «con referencia a su respeto y no —como ocurre con las reglas— a su violación y a su consiguiente aplicación» (*CPCG*, § 5).

Por consecuencia, según FERRAJOLI, reglas y principios son en realidad la misma cosa, o mejor son dos caras de la misma moneda: un principio se convierte en una regla cuando es violado (y, por tanto, aquellos que son designados como principios son, en realidad, reglas que son observadas desde una específica perspectiva): «cualquier principio que enuncia un derecho fundamental —por la recíproca implicancia que liga a las expectativas en que consisten los derechos, con las obligaciones o pro-

[39] Personalmente, soy un sostenedor de la teoría de la distinción débil entre reglas y principios (para una defensa de esta posición, reenvío a G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III; *Id.,* «Principi e argomentazione giuridica», *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131-158). No obstante, considero que sería ingenuo poner muchas esperanzas en la distinción «débil» para una eficaz defensa del positivismo jurídico. El argumento de la distinción débil, en realidad, no sólo pone en evidencia que los principios son similares a las reglas (por ejemplo, porque también los principios están sujetos a un test de validez): también pone en evidencia que las reglas son similares a los principios, que su aplicación es susceptible de valoraciones «ponderativas», particularistas y graduales peligrosamente cercanas a formas de argumentación moral. Por tanto, la distinción débil es un arma de doble filo: si es verdad que reglas y principios presentan muchas similitudes, esto podría generar perplejidad sobre la idoneidad del paradigma iuspositivista para dar cuenta de la existencia y del rol *de las mismas reglas*.

hibiciones correspondientes— *equivale* a la regla consistente en la obligación o en la prohibición correspondiente» (*CPCG*, § 5, cursiva adicionada)[40].

Creo que esta caracterización extremadamente debilitada de los principios sea insatisfactoria, por dos órdenes de razones. En primer lugar, es insatisfactoria porque está sujeta a una simple falsificación: es verdad que *los principios expresos* son por lo general formulados con referencia a su respeto, pero por el contrario, banalmente, no es verdad que *las reglas* sean siempre formuladas haciendo referencia a su violación (un examen rápido de los textos normativos más comunes lo puede confirmar: ni siquiera la norma sobre el homicidio en el Código Penal italiano está formulada haciendo referencia a su violación[41]; lo mismo puede decirse de normas constitutivas como aquéllas sobre la adquisición de la mayoría de edad, o sobre la formación de los contratos y de los otros actos jurídicos; de normas que reglamentan actos procesales, etc.)[42]. Más bien, las reglas son formuladas teniendo en consideración una conducta, un comportamiento más o menos determinado, y asociando a ésta una calificación deóntica o de todos modos una consecuencia jurídica más o menos determinada[43]. Y es precisamente en este «más o menos determinada» que reside un aspecto importante de la diferencia entre las reglas y los principios, visto que en el caso de los principios tanto el supuesto de hecho como (sobre todo) la consecuencia jurídica son muy genéricas e indeterminadas: un principio puede ser aplicado en muchos modos diversos, y no todos previsibles *ex ante* de modo exhaustivo[44].

En segundo lugar, el plantemiento de FERRAJOLI es insatisfactorio porque estipular una diferenciación meramente de estilo entre reglas y principios, con el fin de subrayar en última instancia la equivalencia entre reglas y principios, deja en la sombra un aspecto que me parece esencial del concepto de principio jurídico: me refiero a la dimensión «normogenética» de los principios, su capacidad para justificar otras normas (otras normas ya existentes, respecto a las cuales el principio es individualizado como la *razón*; o bien otras normas —implícitas— que el mismo intérprete debe formular argumentativamente a partir del mismo principio)[45].

---

[40] *CPCG*, § 5: «Principios en materia de derechos y reglas en materia de deberes, son, en resumen, las dos caras de una misma moneda, equivaliendo la violación de los primeros —ya sea por comisión o por omisión— a la violación de las segundas».

[41] Art. 575 CP: «Cualquiera que ocasione la muerte a un hombre es castigado con una reclusión no inferior a veintiún años».

[42] Me doy cuenta de que estoy jugando, por lo menos en parte, con la ambigüedad entre normas dirigidas a los órganos de aplicación (normas primarias en sentido kelseniano) y normas dirigidas a los ciudadanos (normas secundarias en sentido kelseniano). Pero si consideramos el Derecho como un ordenamiento principalmente nomodinámico, como también lo hace FERRAJOLI, entonces la perspectiva de los órganos de aplicación es prioritaria respecto a aquella de los ciudadanos.

[43] Cfr. S. PERRY, «Two Models of Legal Principles», *Iowa Law Review*, vol. 82, 1997, 787-819: *«The explicit content of principles is value-oriented, whereas that of rules is action-oriented»* (788).

[44] Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., 127: cuando debe aplicar un principio, «el juez carece de una consecuencia jurídica concluyente para aplicar al caso».

[45] Sobre la función «normogenética» de los principios, cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano,Giuffrè, 1971², 317 (los principios tienen «una función genética respecto a las normas»); J. RAZ, «Legal Principles and the Limits of Law», *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, 823-854 (*«principles as grounds for making new rules»,* 841); S. BARTOLE, «Principi generali del diritto (diritto costituzionale)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, 515, 531; F. MODUGNO, «Principi generali dell'ordinamento», en *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, 4, 8-9; U. SCARPELLI, «Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica», en S. CAPRIOLI y F. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*,

Por tanto, hace parte exactamente de la naturaleza de los principios solicitar reglas de actuación: la aplicación de un principio es siempre mediada por una regla, y la relación entre principios y reglas no es de equivalencia, sino de justificación (el mismo FERRAJOLI reconoce además que «se puede incluso afirmar que detrás de cada regla hay también un principio»: *CPCG*, 38). Y por otra parte, puesto que los principios son genéricos e indeterminados (como FERRAJOLI también lo admite), entonces un principio podrá justificar muchas normas diversas, en lugar de ser equivalente a una única regla. Una cuestión en absoluto diversa es, obviamente, la individualización del sujeto institucional al cual debe ser atribuido la realización de *determinatio*, si sólo al legislador o también a los jueces [46] —y nótese que es este problema el que precisamente le interesa más a FERRAJOLI—: en efecto, la idea de FERRAJOLI es que los principios constitucionales deben ser aplicados sólo por el legislador, el cual dará lugar o a Derecho legítimo (si aplica bien los principios constitucionales) o a Derecho ilegítimo (si omite aplicarlos, o si los aplica mal violándolos activamente) [47]. Pero ésta es una cuestión de política del Derecho, no de teoría del Derecho, la cual no puede ser resuelta con una jugada puramente definitoria como la de postular una diferencia sólo estilística entre reglas y principios [48].

Ahora bien, tanto la dimensión normogenética de los principios, como la posibilidad de que un principio justifique normas diferentes, resultan de hecho anuladas por la tesis de la equivalencia entre reglas y principios, según la cual a cada principio corresponde una única y específica regla (que representa la prohibición de violar el principio). La tesis de la equivalencia, en otras palabras, me parece que adolece, y no por casualidad, de un defecto teórico simétrico respecto a la tesis de la distinción fuerte entre reglas y principios: como la tesis de la equivalencia (o de la distinción muy débil) no logra explicar adecuadamente el funcionamiento de los principios, la tesis de la distinción fuerte no logra tampoco dar cuenta del funcionamiento de las reglas, ya que construye un modelo de regla del todo artificial (las reglas serían siempre inderrotables por consideraciones de «peso», etc.) que no encuentra contraparte en la realidad [49].

Perugia, Stabilimento Tipografico Pliniana, 1992, 31-44 (39: los principios como «matrices y generadores de normas»); F. VIOLA y G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 386; G. ZAGREBELSKY, *La legge e il suo diritto*, cit., 219; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III.

[46] Cfr. a propósito B. CELANO, «Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de Derecho», 2005, en *Id., Derecho, justicia, razones*, cit., 281-298.

[47] Cfr. *CGCP*, 34: «En el modelo del constitucionalismo iuspositivista, la reparación de las lagunas y de las antinomias en las que aquéllas se manifiestan no se confía al activismo interpretativo de los jueces, *sino sólo a la legislación*, y, por ello, a la política, en lo que se refiere a las lagunas, y a la anulación de las normas inválidas —y por tanto a la jurisdicción constitucional—, en lo que se refiere a las antinomias» (cursiva mía).

[48] Esto podría ser otro caso en el cual la filosofía política de FERRAJOLI, inspirada por una separación rigurosa entre funciones de gobierno (entre las cuales está la legislación) y funciones de garantía (entre las cuales está la jurisdicción), termina por caer pesadamente sobre las categorías teóricas, deformándolas: FERRAJOLI está en contra, en un ámbito filosófico-político, de los ejercicios de creatividad jurisprudencial, y entonces postula en ámbito teórico la equivalencia entre reglas y principios —lo cual es en realidad una directiva meta-interpretativa que impone a los jueces la interpretación restrictiva de las normas de principio— (para la distinción entre función de gobierno y función de garantía, *vid.* L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., 869-875).

[49] Sobre la incapacidad de las teorías de la distinción fuerte para explicar el funcionamiento de las reglas (tanto que, aceptando tal enfoque, las reglas no existirían), cfr. T. ENDICOTT, «Three Puzzles about Legal Rules», en P. CHIASSONI (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, 65-82 (a propósito de DWORKIN); B.

Hasta aquí los presuntos defectos teóricos de la categoría de los principios. Por otra parte, está la tesis normativa, de política del Derecho, según la cual el uso de (y el énfasis sobre) los principios tiene efectos indeseables de debilitamiento de la normatividad de las constituciones. Creo que este riesgo es exagerado. No es inevitable que el uso argumentativo de los principios constitucionales determine su debilitamiento normativo (o de todas maneras un debilitamiento de la constitución): de hecho, en Italia, muchos principios constitucionales han adquirido normatividad sólo, o en primer lugar, gracias a la actividad interpretativa de la jurisprudencia y de la doctrina, mientras que el legislador mantenía en consideración una condición de culpable inercia [50]; en la cultura jurídica italiana de la segunda mitad del siglo veinte (en particular a partir de finales de los años sesenta), la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional ha sido un factor primario para asegurar la normatividad de la constitución, mucho más que el poder legislativo: la fuerza preceptiva de la constitución es resultado de la constitucionalización de la cultura jurídica. Ha sido precisamente la constitucionalización de la cultura jurídica con su bagaje de prácticas interpretativas y argumentativas más o menos atrevidas (la interpretación adecuadora, el efecto de irradiación, la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces ordinarios, etc.) la que ha favorecido la cada vez mayor penetración de la constitución en el ordenamiento jurídico italiano, y la que le ha hecho adquirir valor totalmente normativo y no sólo de invitación y programa dirigido al legislador. Obviamente, se pueden tener las opiniones más diversas sobre la *legitimidad* de la «suplencia judicial» respecto a la inercia del legislador, pero lo que se ha observado hace poco sobre la historia reciente de la cultura jurídica italiana es suficiente para contradecir la tesis según la cual el uso jurisprudencial de los principios los debilite (o los debilite necesariamente).

El riesgo de protagonismo judicial excesivo podría de todas maneras evitarse, según FERRAJOLI, recurriendo a formulaciones más rigurosas, claras, precisas, de los textos constitucionales, que eviten decisiones muy creativas por parte de la jurisprudencia.

Aunque aquí no tengo el espacio para argumentar de manera satisfactoria en contra de esta tesis [51], considero que sea difícilmente plausible, incongruente, que una constitución contenga regulaciones detalladas, derechos formulados y regulados de manera circunstanciada y precisa (como en cambio sí esperaríamos encontrar en un texto legislativo, que precisamente tiene la función no de proclamar un derecho o principio, sino de regular su ejercicio y aplicación). Muy brevemente, las razones por las cuales esto no sería plausible tienen que ver con la circunstancia que, en el contexto de los Estados constitucionales de Derecho, las constituciones tienen las siguientes características principales: *a)* son fruto de compromisos entre diversas fuerzas políticas que expresan visiones diversas de la sociedad; *b)* tienen por lo general una connotación pluralista, que deriva de su carácter de pacto y compromiso: de modo que asumen el

---

CELANO, «Principios, reglas, autoridad», cit. (a propósito de ATIENZA y RUIZ MANERO); A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit., 141-143 (a propósito de ALEXY).

[50] A propósito de esto, *vid.,* entre otros tantos, P. F. GROSSI, *Attuazione e inattuazione della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2002.

[51] Para un argumento más detallado reenvío a G. PINO, «Il linguaggio dei diritti», *Ragion pratica*, 31, 2008, 393-409; *Id., Diritti e interpretazione*, cit., cap. V; *vid.* además B. CELANO, «¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?», 2002, en *Id., Derecho, justicia, razones*, cit., 195-234; R. BIN, «Che cos'è la Costituzione?», *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, 11-52.

pluralismo (la diversidad de las concepciones del bien, de la vida buena, de la libertad, de las relaciones sociales) no sólo como un dato de hecho, sino también como un valor para ser preservado, y quizás el único (meta-)valor que es más importante que los otros; *c)* deben aplicarse, potencialmente, a toda la sociedad: una constitución es, casi literalmente, un proyecto orgánico de fundación de un orden social, y *d)* están pensadas para durar por mucho tiempo.

Si esta representación de las características principales de las constituciones contemporáneas es correcta, entonces el carácter indeterminado de las cláusulas constituciones es precisamente la mejor garantía de la conservación en el tiempo de la autoridad y normatividad del texto constitucional. A fin de cuentas, si fuese necesario someter el texto de la constitución a una modificación formal cada vez que la formulación, de por sí rigurosa y precisa, de los derechos en tal texto contenidos se volviese obsoleta, esto produciría al menos dos consecuencias indeseables: en primer lugar, hasta que la modificación de la constitución no haya sido efectivamente perfeccionada, el texto constitucional resultará obsoleto (y, por tanto, desacreditado) [52]; en segundo lugar, sería percibido como totalmente legítimo e incluso indispensable, por parte de la cultura jurídica y de las fuerzas políticas, someter a modificaciones frecuentes al texto constitucional (para mantenerlo a pesar del paso del tiempo).

Me parece del todo evidente que ambas consecuencias se traducirían bien pronto en una muy probable desvalorización de la fuerza normativa de la constitución (un texto que envejece deprisa, y que está bien modificarlo continuamente).

3. SOBRE LA PONDERACIÓN

Uno de los efectos negativos del constitucionalismo principialista es, según FERRAJOLI, la difusión de la ponderación como técnica de argumentación jurídica. Esta crítica de FERRAJOLI parece dirigirse tanto a los teóricos que han conceptualizado, y quizás también fomentado, esta técnica argumentativa, como a las cortes que de hecho la emplean. En realidad, FERRAJOLI reconoce que la ponderación representa una técnica del todo legítima y fisiológica en un ordenamiento jurídico: sea en el ámbito de las elecciones legislativas, sean en el ámbito de la interpretación judicial; no obstante, considera que el rol reconocido a esta técnica haya sido excesivamente enfatizado, sea respecto a cuanto de hecho sucede, sea, sobre el plano normativo, respecto a aquello que debería ser el perímetro justo de los poderes del legislador y de los jueces.

Respecto a la *ponderación legislativa*, FERRAJOLI afirma que ésta es ciertamente requerida por los *principios directivos* y también, al menos en parte, por los *derechos sociales*; en cuanto a lo que concierne a los *principios regulativos*, en cambio, éstos normalmente no requieren ponderación, a menos que no estén sometidos a limitaciones (expresas) por parte de los principios directivos (por ejemplo un derecho de libertad que es limitado por exigencias de «seguridad» genéricamente formuladas).

[52] ¿A cuántas modificaciones habría sido necesario someter un texto constitucional que hubiese regulado de modo detallado la libertad de manifestación del pensamiento, o el derecho a la *privacy*, así como eran conocidos hace sesenta años?

Este cuadro es, con la excepción que diré, compartible; y FERRAJOLI tiene absolutamente razón, además, en subrayar que por lo general la relación entre derechos fundamentales no es sólo de conflicto, sino también de «sinergia»: de hecho, por lo general, el valor de un Derecho deriva, *inter alia*, de la existencia de otros Derechos; normalmente el goce de un derecho fundamental requiere que también sean reconocidos y garantizados otros derechos fundamentales.

No obstante tengo la impresión que el cuadro propuesto por FERRAJOLI termine por confirmar, antes que desmentir, la tesis «principialista» de la inevitabilidad de la ponderación (incluso, en este caso, de la ponderación legislativa); de hecho, si leemos el modo en el cual son formulados los derechos fundamentales en un texto constitucional contemporáneo o en una «carta de derechos» (por comodidad hago implícitamente referencia a la constitución italiana, pero lo mismo se podría decir, creo, para la constitución española, para el CEDH, etc.), nos damos cuenta inmediatamente que la gran mayoría de los derechos fundamentales, aun cuando proclamados por principios regulativos, incorporan excepciones y limitaciones provenientes de principios directivos: «orden público», «utilidad social», «dignidad humana», «motivos de sanidad o de seguridad», etc. Además, y esta es la excepción a la que hacía referencia arriba, no es así seguro, a menos de convertirlo en una verdad analítica por medio de la estipulación, que los derechos fundamentales reconocidos por los principios regulativos no entren en conflicto entre ellos: un ejemplo, además, lo ofrece el mismo FERRAJOLI, cuando indica la posibilidad de conflicto entre libertad de prensa y derecho a la intimidad[53]. De este modo el espacio de los conflictos y de las relativas ponderaciones se extiende de modo ulterior.

Por tanto, es discutible la conclusión que «en la mayor parte de los casos generalmente analizados [...] los principios se aplican a sus violaciones sin que necesariamente intervengan —más que en otros juicios— ponderaciones y opciones subjetivas de valor» (*CGCP*, 43): por el contrario, se podría más bien afirmar que las hipótesis de aplicación categórica de un principio son las más raras, y que a menudo el principio aplicado categóricamente ha sido previamente objeto de una oportuna —y quizás tácita— delimitación a la luz de otros principios. En todo caso, al menos uno de los ejemplos que FERRAJOLI aduce sobre aplicación por medio de subsunción de un principio (las discriminaciones en violación del principio de igualdad) parece infeliz, porque la aplicación del principio de igualdad implica *necesariamente*, y no contingentemente, valoraciones sustanciales sobre la admisibilidad, razonabilidad, etc., de una cierta discriminación legislativa (hacer distinciones es, en un cierto sentido, parte del trabajo cotidiano del legislador).

Respecto a la *ponderación judicial*, FERRAJOLI subraya que la ponderación no representa ni una novedad aparecida con el Estado constitucional de Derecho y la cons-

[53] Cfr. *CGCP*, 49 (en las categorías de FERRAJOLI, se trata respectivamente de un derecho de libertad y de un derecho de inmunidad). He discutido más ampliamente el tratamiento ferrajoliano de los conflictos entre derechos fundamentales en G. PINO, «Conflictos entre derechos fundamentales. Una critica a Luigi Ferrajoli», *Doxa*, 32, 2009, 647-664; cfr. además J. J. MORESO, «Sobre los conflictos entre derechos», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, 159-170; L. PRIETO SANCHÍS, «*Principia iuris*: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional», cit., 340-351; A. PINTORE, «Il nome delle cose. In margine a *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli», *Sociologia del diritto*, 2009, 2.

titucionalización de la cultura jurídica, ni una técnica exclusiva de la interpretación constitucional —y esto es del todo compartible [54]—; según FERRAJOLI la ponderación representa «poco más que una expresión nueva para denominar a la vieja "interpretación sistemática"» (*CGCP*, 46) —esta afirmación es también en ciertos aspectos incontestable [55], si entendemos genéricamente la interpretación sistemática como una técnica basada en utilizar, en el procedimiento interpretativo sobre una norma, todas o algunas otras normas del sistema—.

Por otra parte, la reconducción de la ponderación a la interpretación sistemática termina siendo poco informativa, ya que «interpretación sistemática» no designa una específica técnica interpretativa, sino una entera familia de técnicas interpretativas, unidas por el hecho de hacer, en algún sentido, referencia al sistema, o a partes de éste, o de cualquier modo al contexto en el cual está ubicada la disposición objeto de interpretación [56]. Por tanto, definir la ponderación como un miembro de la familia de la interpretación sistemática dice poco, hasta que no se aclare *de qué modo* la ponderación considere las otras normas relevantes: cuál sea la peculiaridad de la ponderación en el ámbito de las técnicas interpretativas sistemáticas.

Ahora bien, FERRAJOLI hace referencia a dos ulteriores elementos para caracterizar la ponderación: en primer lugar, el mayor grado de discrecionalidad que la ponderación comporta respecto a las otras técnicas, determinado por la necesidad de establecer, con un juicio subjetivo de valor por parte del juez, el «peso» de las normas que son objeto de ponderación. En segundo lugar, el hecho que, según FERRAJOLI, la ponderación tiene por objeto no normas o principios, sino las «circunstancias de hecho» que justifican la aplicación de las normas: son por tanto las diversas circunstancias de hecho que se presentan en los diversos casos que hacen que en un caso se deba aplicar un cierto principio, y en otro caso otro principio.

En mi opinión, esta línea de argumentación es sorprendente: ¿en qué sentido, en realidad, se pueden ponderar «hechos»? Un hecho, en sí, no «pesa» más o menos que otro hecho: los hechos adquieren relevancia, y por tanto «peso», en el Derecho como en otro lugar, sólo a la luz de algún criterio normativo, como lo puede ser una norma jurídica (regla o principio), una valoración moral o equitativa, una estimación eco-

---

[54] Sobre este punto, cfr. G. PINO, «Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali», cit., esp. 222-230 (para una sintética genealogía de la ponderación); *Id., Diritti e interpretazione*, cit., cap. VII (para la distinción entre ponderación entre principios constitucionales —ponderación «como técnica»— y ponderación en los otros sectores del Derecho —ponderación «como lógica»—); cfr. también R. BIN, «Ragionevolezza e divisione dei poteri», *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2002; M. BARBERIS, «Legittima difesa e bilanciamenti», en A. BERNARDI, B. PASTORE y A. PUGIOTTO (comps.), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, Giuffrè, 2008, 85-104 (esp. 86-89).

[55] *Vid.* en este sentido también M. DOGLIANI, «Il "posto" del diritto costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 525-544 (531). Es verdad, por otro lado, que es controvertido si la ponderación es realmente configurable como un tipo de *interpretación*: cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 60-61; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 296.

[56] Por ejemplo, el *«combinato disposto»;* el argumento topográfico, o de la *sedes materiae*; el argumento de la constancia terminológica, y también aquél de la inconstancia terminológica; el argumento conceptualista, o dogmático; el argumento de los principios en general; la interpretación adecuadora (cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 375-378; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 167-176).

nómica, etc. [57]; también en los ejemplos considerados por FERRAJOLI (la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes, o de las causas de justificación, en un juicio penal) las circunstancias de hecho sólo son visibles a la luz de un criterio normativo, que a veces puede no estar explicitado, y otras veces puede ser enteramente remitido a la apreciación del juez [58]. Se sigue que, si por ejemplo el criterio relevante es un principio constitucional, la ponderación consiste en atribuir un peso a los principios relevantes (peso que podrá ser influenciado, obviamente, por la consideración de las circunstancias fácticas: por la importancia que cada principio asume respecto a las circunstancias de hecho relevantes) [59]. Temo que presentar diversamente la cuestión, además de ser discutible sobre el plano teórico, tiene el riesgo de dejar en la sombra el hecho que son balanceados, y aplicados según un orden de preferencia, exactamente principios constitucionales —con la relativa asunción de responsabilidad institucional que esto comporta—.

4. LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

En fin, el último elemento objeto de crítica del constitucionalismo principialista por parte de FERRAJOLI es la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral; FERRAJOLI reclama, contra esta tesis, la superioridad de la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, en el sentido que «la existencia o la validez de una norma no implica en absoluto su justicia, y ésta no implica en absoluto su validez» (*CGCP*, 31). En particular, la tesis de la separación entre Derecho y moral, en la formulación poco antes vista, no sería puesta en peligro por la acaecida positivización en los textos constitucionales de los Derechos naturales y de los principios éticos provenientes de la tradición del iusnaturalismo iluminista.

Aunque estoy de acuerdo con la afirmación de FERRAJOLI, considero que sea necesario identificar más detalladamente varios aspectos del problema de las relaciones entre Derecho y moral; de este modo se podrá destacar que muchos tipos de conexión entre Derecho y moral son clara o banalmente necesarios (hasta aquí poco importa que se trate de una necesidad conceptual o de una necesidad empírica); que ningún defensor del positivismo jurídico tenga razón para negarlos; y que más bien (una vez

[57] Una objeción análoga a aquélla formulada en el texto está en P. CHIASSONI, «La defettibilità nel diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 471-506 (esp. 476-477), a propósito de la así llamada derrotabilidad «óntica» —es decir, la idea que algunas veces los que son derrotables son los hechos, y no las normas— (tesis sostenida p. ej., en J. HAGE, «Law and Defeasibility», en *IVR - Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, diciembre de 2004; G. SARTOR, «Sillogismo e *defeasibility*. Un commento su *Rhetoric and the Rule of Law* di Neil MacCormick», *Diritto & Questioni pubbliche*, 9, 2009, 9-27, 21).

[58] Sobre los modos en los cuales el Derecho de vez en cuando impide o requiere al juez que recurra a argumentos y valoraciones morales, *vid.* J. RAZ, «Incorporation by Law», 2004, en *Id., Between Authority ad Interpretation*, Oxford, Oxford U. P., 2009, 182-202.

[59] Por ejemplo, a la libertad de expresión puede ser atribuido un peso diverso si es considerado en el ámbito de un debate político, o en el ámbito de investigaciones periodísticas de interés público, o de una publicidad comercial; a la tutela de la intimidad puede ser atribuido un peso diverso si se trata de una figura pública o de un ciudadano común (por lo general la primera está menos garantizada que la segunda), o hace referencia a hechos banales e insignificantes o a hechos «sensibles» como información sobre la salud, la vida sexual (*id.*); al derecho a la salud puede ser atribuido un peso diverso según se haga referencia a elecciones de fin de vida o a la libertad de no vacunarse, etcétera.

sustentada la tesis positivista de la separación, en la forma específica requerida por el positivismo jurídico) es muy oportuno que los iuspositivistas presten mayor atención teórica a algunas de estas conexiones. Todo esto, en otras palabras, para evitar el riesgo que una tesis que aunque siendo del todo exacta como aquella enunciada por FERRAJOLI y por casi todos los iuspostivistas, se reduzca a ser un fortín inexpugnable, pero puesto en guardia en un territorio ya ampliamente conquistado por los bárbaros.

Hablaré genéricamente de «relaciones» entre Derecho y moral, y con esto quiero dejar abierta, por el momento, la cuestión acerca de si la relación, que de vez en cuando se toma en consideración, tiene el carácter de una conexión necesaria, o de una conexión sólo empírica y contingente (y, por tanto, se trate de una relación de «separabilidad»), o de una verdadera y precisa separación (es decir, la necesidad de una no conexión) —por otra parte, para algunas de la hipótesis que veremos enseguida, entender si se trata de una relación necesaria o más bien contingente termina siendo, después de todo, un aspecto secundario de la cuestión [60]—.

R_1) Relaciones *identificativas* entre Derecho y moral: relacionadas, obviamente, con el problema de la identificación del Derecho [61]. Este problema puede ser puesto en al menos tres planos distintos [62]:

R_{1a}) El problema de la identificación del *concepto de Derecho* (y, por tanto, el problema de la definición del Derecho, el problema del *¿quid ius?*); desde este punto de vista, la tesis de la conexión sostiene que la definición del concepto de Derecho incluye necesariamente elementos morales [63], mientras que la tesis de la separación sostiene que el concepto de Derecho puede o debe ser reducido a elementos puramente fácticos;

R_{1b}) El problema de la identificación *de las fuentes del Derecho*; desde este punto de vista, la tesis de la conexión sostiene que las fuentes del Derecho, o algunas de estas, pueden ser identificadas a través de consideraciones de naturaleza moral (por ejemplo, podrían ser consideradas fuentes del Derecho: la equidad, determinados preceptos morales, la naturaleza de las cosas, la intuición moral, etc.); en cambio, la tesis de la separación sostiene que las fuentes del Derecho consisten sólo en hechos empíricamente comprobables (principalmente, hechos humanos), sin hacer alguna referencia a consideraciones morales; eventualmente, la moral puede desarrollar el rol de fuente del Derecho si esto está contingentemente previsto por la norma de reconocimiento

---

[60] Como afirma M. BARBERIS, «Una disputa quasi oxoniense. Raz vs. Alexy sul positivismo giuridico», *Ragion pratica*, 34, 2010, 203-220, «conexiones contingentes (entre Derecho y moral) pueden resultar no menos interesantes e importantes» (220).

[61] Las primeras tres formas de relación (identificativa, justificativa, interpretativa) reelaboran una importante clasificación ya propuesta por C. NINO, *Derecho, moral y política*, cit.; cfr. también P. COMANDUCCI, «Las conexiones entre el Derecho y la moral», *Derechos y libertades*, VIII, 12, 2003, 15-26; M. BARBERIS, «Una disputa quasi oxoniense», cit., NINO y BARBERIS hablan de conexión (o separación) *conceptual* o *definitoria*, allá donde yo he preferido usar (como COMANDUCCI) *identificativa*; las razones de esta elección resultarán aclaradas dentro de poco.

[62] Una análoga distinción entre varias formas de relación identificativa ha sido evidenciada en M. BARBERIS, «Una disputa quasi oxoniense», cit., 216-220; un señalamiento en tal sentido se encuentra ya en L. GIANFORMAGGIO, «Rapporti tra etica e diritto», 1990, en EAD., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, 43-59 (a 45).

[63] Para una valoración crítica de este *«definitional approach»* a la cuestión de la relación entre Derecho y moral, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford U. P., 1975, 1990², 163-165.

de un cierto sistema jurídico (y la existencia de la norma de reconocimiento es a su vez un hecho, de modo que el fundamento último de la identificación del Derecho sigue siendo de tipo fáctico);

R_{1c}) El problema de la identificación *de las normas jurídicas*; desde este punto de vista, la tesis de la conexión sostendrá que la interpretación jurídica «en sentido estricto» (la atribución de significado a documentos normativos, el problema del *¿quid iuris?*), requiere necesariamente valoraciones y argumentos morales, mientras que la tesis de la separación sostendrá que valoraciones y argumentos morales nunca son requeridos, o que lo son sólo de modo contingente, en la interpretación jurídica.

R_2) Relaciones *interpretativas* entre Derecho y moral: consideran el problema de si la actividad de interpretación «en sentido amplio» [64] requiere necesariamente, o bien sólo de modo contingente, o bien excluya necesariamente, recurrir a valoraciones y argumentos morales. De modo diverso respecto a R_{1c}), aquí «interpretación» no se refiere sólo a la atribución de significado a una fuente, sino en general a la elección de la norma aplicable a un caso y, por tanto, puede requerir la solución de problemas de antinomias, lagunas, aplicabilidad, concreción de cláusulas generales y de conceptos elásticos e indeterminados, ponderación, derrotabilidad, etc.; la respuesta a la cuestión acerca de si hay o no una conexión interpretativa entre Derecho y moral puede consistir en una tesis definitoria, relativa al concepto de «interpretación», o bien en un conjunto de tesis normativas sobre la «buena interpretación».

R_3) Relaciones *justificativas* entre Derecho y moral: concierne al problema de si el Derecho representa una razón justificativa autónoma, si es fuente autónoma de obligaciones morales, o bien si puede justificar decisiones (de los órganos de aplicación) y comportamientos (de los ciudadanos) sólo con base en una elección moral. En otras palabras, se trata del problema de la obligación de obedecer al Derecho: la tesis de la conexión sostiene que no existe una obligación autónoma de obedecer al Derecho (tal obligación sólo podría derivar de consideraciones morales), mientras que la tesis de la separación sostiene que Derecho y moral son dominios prácticos separados, cada uno de los cuales es fuente de obligaciones autónomas genuinas y, por tanto, el Derecho puede ser obligatorio de por sí (el deber de obedecer al Derecho es autónomo respecto a los deberes de origen moral); esta puede ser una tesis definitoria, relativa al concepto de Derecho (concepto que incluiría así el elemento de la obligatoriedad), o bien un conjunto de tesis filosófico-políticas sobre las condiciones que justifican obedecer al Derecho.

R_4) Relaciones *funcionales* entre Derecho y moral: el Derecho puede ser considerado una condición esencial para la existencia, el mantenimiento y el funcionamiento de la sociedad; y, si a la existencia de la sociedad se atribuye valor moral positivo, entonces de esto se sigue un tipo de conexión necesaria entre Derecho y moral. O bien, de modo más débil, el Derecho puede desarrollar importantes funciones respecto a la moral: puede hacer que ciertas exigencias morales muy genéricas, indeterminadas,

---

[64] Sobre esta acepción amplia de interpretación, cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 24-33. P. CHIASSONI, «L'interpretazione dei documenti legislativi: nozioni introduttive», en M. BESSONE (comp.), *Interpretazione e diritto giudiziale I. Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999, 21-45, 22-23 (interpretación «en sentido amplio»); *Id., Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, cap. II («interpretación metatextual»). Interpretación en sentido estricto y en sentido amplio son de todos modos actividades muy contiguas: es sólo por comodidad expositiva que las trato bajo etiquetas diversas.

conflictivas, sean más determinadas y precisas; una vez que el Derecho ha dado forma pública y determinada a ciertas exigencias morales, hace que sean más fácil de respetar y proteger en la práctica; y así sucesivamente.

R_5) Relaciones *causales* entre Derecho y moral: siendo el Derecho positivo fruto de actos humanos (por lo general deliberados) de producción normativa, es evidente que la producción del Derecho positivo tenga en cuenta los valores morales y las exigencias difundidas en la sociedad, o que sean consideradas como tales por parte de las autoridades normativas; aquí la moral relevante no es necesariamente una moral verdadera, objetiva, o compartida por unanimidad en la sociedad: puede tratarse de la moral del grupo dominante, o de exigencias morales que una autoridad legitimada, sobre base representativa, cree sean compartidas por su electorado.

R_6) Relaciones *psicológicas* entre Derecho y moral: el hecho que el Derecho prohíba, obligue, permita ciertas conductas puede originar la convicción, incluso sólo subliminalmente, pero no por esto menos influyente en la realidad, que aquellas mismas conductas sean también *moralmente* prohibidas, obligatorias, o permitidas. El Derecho, en otras palabras, puede tener el efecto (corresponda o no esto a una política deliberada por parte de las autoridades normativas) de influenciar sobre la mentalidad difundida, sobre la conformación de la moral social del grupo al cual se aplica.

R_7) Relaciones *de contenido* entre Derecho y moral: al menos en parte, Derecho y moral regulan la misma materia; si bien sería una exageración no plausible afirmar que Derecho y moral tienen *in toto* el mismo objeto (existen claramente materias objeto de regulación jurídica y que son moralmente irrelevantes, y viceversa), no obstante es evidente que muchos problemas morales son también objeto de disciplina jurídica (el Derecho regula muchas materias dotadas de relevancia moral).

R_8) Relaciones *estructurales* entre Derecho y moral: es posible que las características formales y estructurales del Derecho, o algunas de éstas, sean adecuadas, por sí mismas, para generar consecuencias moralmente apreciables; así, la generalidad de las reglas jurídicas podría asegurar una forma embrional de justicia que consiste en tratar, en relación con las hipótesis de aplicación de la regla, todos los casos iguales de modo igual (justicia formal). O bien, la presencia de órganos de solución autoritativa de las controversias permitiría estabilizar ciertas relaciones sociales, evitar que la incerteza sobre ciertas relaciones se prolongue eternamente, etcétera.

R_9) Relaciones de *reenvío* entre Derecho y moral: a veces sucede que el Derecho requiera (a los ciudadanos, o más frecuentemente a los órganos de aplicación) realizar valoraciones morales; esto puede suceder cuando una norma jurídica sea formulada incluyendo estándares morales (buena fe, corrección, etc.), o a través de la positivización de principios morales.

R_{10}) Relaciones *valorativas* entre Derecho y moral: el Derecho, se dice, es por su naturaleza un tipo de cosa (al igual que tantas otras, pero a diferencia de tantas otras) que se presta para ser valorado primariamente en términos de justicia o injusticia, moralidad o inmoralidad, etc.; esta característica del Derecho parecería revelar o por lo menos aludir a algún tipo de relación entre Derecho y moral.

Esta pedante articulación de las posibles relaciones entre Derecho y moral nos deja ahora en condición de valorar con mayor precisión los términos del debate entre positivistas y neoconstitucionalistas sobre la relación entre Derecho y moral.

El positivismo jurídico, en general, defiende la tesis de la separación en sentido R_{1b}): define de manera fáctica *las fuentes del Derecho* —en esto consiste precisamente el carácter positivo del Derecho—: el Derecho válido es el Derecho que ha sido puesto por medio de ciertos hechos humanos. En cambio, el positivismo jurídico incluso no define *el concepto de Derecho* en términos exclusivamente fácticos [el sentido R_{1a})]: en realidad, los positivistas no se ocupan normalmente de la cuestión acerca de la definición del concepto de Derecho, y no se ocupan de esto bajo el capítulo de la tesis de la separación entre Derecho y moral [65]: los positivistas generalmente no utilizan la tesis de la separación como (parte de) una definición del concepto de Derecho, ni tampoco afirman que el concepto de Derecho deba ser construido excluyendo todo elemento moral.

El positivismo jurídico admite además, por lo general, la conexión *interpretativa* entre Derecho y moral tanto en el sentido estricto de R_{1c}), como en el sentido amplio de R_3): para tener una confirmación es suficiente pensar en el rol de la discrecionalidad judicial en la teoría de la interpretación de HART o en aquélla de KELSEN [66]. Por último, el positivismo jurídico admite incluso la conexión *justificativa* entre Derecho y moral (R_3), como consecuencia necesaria de la reducción del Derecho a mero hecho [67] (en cambio, el positivismo ideológico «radical», admitiendo que sea todavía una forma de positivismo jurídico, niega tal conexión). Y ésta es también, como lo hemos visto, la posición de FERRAJOLI, que reconoce tranquilamente la presencia de factores morales en la interpretación, y que niega que el Derecho sea de por sí obligatorio (de hecho, FERRAJOLI critica la falacia «ético-legalista» que consiste en la identificación y en la confusión de la justicia con la validez).

Todos los otros tipos de relación entre Derecho y moral son objeto de discusiones al interior de la tradición teórica iuspositivista, y representan cuestiones de notable interés teórico, pero de su aceptación o de su rechazo no se sigue nada, me parece, respecto a la capacidad de la tesis estrictamente positivista de la separación identificativa entre Derecho y moral: se trata de cuestiones sobre las cuales los iuspositivistas pueden disentir razonablemente entre ellos. Por ejemplo, algunos positivistas sostienen tranquilamente que tienen estatus de conexión necesaria entre Derecho y moral

---

[65] Sin embargo, véase alguna oscilación entre la identificación del *Derecho* (válido) y del *concepto de Derecho* en N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., 134-136; *Id., Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 106; además, por lo menos en *Introducción al análisis del Derecho*, cit., cap. I, C. NINO sostiene la preferencia por una definición fáctica del concepto de Derecho, y califica tal posición como positivismo metodológico o conceptual. La trasformación de la tesis de la separación en una cuestión sobre la definición del concepto de Derecho es por lo general realizada por autores antipositivistas (con el fin de mostrar la no plausibilidad de esta tesis): cfr. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; K. FÜSSER, «Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unravelling», en R. GEORGE (ed. by), *The Autonomy Of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Oxford U. P., 1999, 119-162.

[66] H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto,* 1960, Torino, Einaudi, 1990, cap. VIII; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, 1994², cap. VII (y *vid.* también 204-205, donde la interpretación es señalada como una de las posibles hipótesis de conexión entre Derecho y moral). *Vid.* también U. SCARPELLI, «Il positivismo giuridico rivisitato», *Rivista di filosofia*, 3, 1989, 461-475 (esp. 470-471).

[67] J. RAZ, «Incorporation by Law», cit., 189: *«in such cases* [es decir, cuando se afirma que el Derecho es legítimo, *ndr*] *we cannot separate law from morality as two independent normative points of view, for the legal one derives what validity it has from morality»;* insiste sobre el hecho que la tesis positivista de las fuentes sociales es *«normatively inert»,* J. GARDNER, «Legal Positivism: 5½ Myths», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, 199-227 (213). No obstante, se puede notar que resulta problemática, en este cuadro, la definición kelseniana de validez como fuerza vinculante.

las relaciones *causales* (R_5) [68], la relación de *contenido* (R_7) [69], y la conexión *valorativa* (R_{10}) [70]. Algunos positivistas afirman, y otros lo niegan, que tengan estatus de conexión necesaria entre Derecho y moral la relación *estructural* (R_8) [71], y la relación *funcional* (R_4) [72]. Algunos iuspositivistas afirman que en el caso de la relación *de reenvío* (R_9) la moral entra a hacer parte del Derecho (logrando en tal modo una conexión «por incorporación» entre Derecho y moral), mientras otros afirman que incluso en estos casos los dos dominios permanecen netamente separados [73]. Por último, algunos iuspositivistas sostienen que, dada la relación *psicológica* entre Derecho y moral (R_6) (considerada de modo verosímil no como una conexión necesaria, sino como una conexión empíricamente recurrente), una actitud iuspositivista sea pragmáticamente preferible porque «educa» a los ciudadanos a pensar que no haya una obligación intrínseca de obedecer al Derecho y, por tanto, los adiestra para la crítica moral del Derecho [74]. Pero todas éstas, repito, no son tesis calificadoras del positivismo jurídico: no hay una respuesta típicamente iuspositivista a estas preguntas.

En cambio, el neoconstitucionalismo «metodológico», o anti-positivismo, afirma que entre Derecho y moral se den conexiones (generalmente presentadas como conexiones conceptuales, necesarias) de tipo *identificativas* (sea a nivel de concepto de Derecho, sea a nivel de identificación de las fuentes o de las normas) y de tipo *interpretativas* (cfr. *supra*, nota 9 y texto correspondiente).

---

[68] A. Ross, «Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo», cit., 82; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., 198.

[69] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., 188, a propósito del «contenido mínimo del Derecho natural» habla de un «elemento común» del Derecho y de la moral de una sociedad; *vid.* además J. Raz, «About Morality and the Nature of Law», 2003, en *Id., Between Authority ad Interpretation*, Oxford, Oxford U. P., 2009, 166-181 (168); B. Celano, «Iusnaturalismo, positivismo jurídico y pluralismo ético», 2005, en *Id., Derecho, justicia, razones*, cit., 127-150.

[70] L. Green, «Legal Positivism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003, § 4.2 (*«necessarily, law is justice-apt»*).

[71] Para la tesis afirmativa, H. L. A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», 1958, en *Id., Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 81; *Id., The Concept of Law*, cit., 206-207. Para la tesis negativa, J. Gardner, «The Virtue of Justice and the Character of Law», *Current Legal Problems*, vol. 53, 1, 2000; L. Green, «The Germ of Justice», Oxford Legal Studies Research Paper No. 60/2010 (available at *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1703008*).

[72] T. Endicott, «Una teoria del diritto naturale», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, 191-211 (una versión débil del argumento «funcional» es defendido, p. ej., por T. Honoré, «The Dependance of Morality on Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1, 1993, 1-17; J. Raz, «Incorporation by Law», cit. 192); *contra*, P. Chiassoni, «Una teoria del diritto naturale? Alcune perplessità», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, 213-223 (219).

[73] Para la tesis según la cual el reenvío a la moral determina su incorporación en el Derecho, H. Kelsen, «La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)», 1928, en *Id., La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 143-206, 188-190; *Id., Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 134; M. Kramer, «Why The Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, 3, 2007, 555-562 (y en general todos los iuspositivistas «inclusivos»). Para la tesis que también en caso de reenvío permanezca la separación entre Derecho y moral, J. Raz, «On The Autonomy of Legal Reasoning», 1993, en *Id., Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford,Oxford U. P., 1994, 326-340: el razonamiento jurídico *«about the law»* concierne a la individualización del Derecho cómo éste está contenido en fuentes sociales, y es autónomo de la moral, mientras el razonamiento jurídico *«according to law»* se presenta cuando las fuentes del Derecho reenvían a consideraciones extrajurídicas, y es una forma de razonamiento moral.

[74] H. L. A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», cit., 53-54; *Id., The Concept of Law*, cit., 296; J. Raz, «The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism», cit., nota 28 *(«Legal positivists are more likely than natural lawyers or other non-positivists to affirm that sometimes courts have (moral) duties to disobey unjust laws»).*

A propósito de la teoría positivista de la separación entre Derecho y moral, he evocado anteriormente la imagen del fortín inexpugnable en un territorio ya conquistado. Quizás ahora resulte más claro el motivo por el cual he usado esta imagen. De hecho, me parece que los iuspositivistas hayan dedicado, y dediquen todavía (el ensayo de FERRAJOLI es, en cualquier modo, un ejemplo) considerables energías intelectuales a la defensa de la versión típicamente iuspositivista de la tesis de la separabilidad [75], subestimando la importancia y la inevitabilidad de otros tipos de relaciones entre Derecho y moral *especialmente en el Estado constitucional de Derecho* [76]. Esto se demuestra por el hecho que la tesis positivista es generalmente formulada como una tesis sobre la identificación del Derecho válido, sobre la definición de validez [77]; tal calificación puede ciertamente ser compartida, pero bajo la condición de entenderla como referida sólo a la validez formal: la corrección formal, procedimental de los actos de producción jurídica, las condiciones que consienten «el reconocimiento de un texto normativo como fuente del Derecho» [78].

En cambio, cuando con validez se haga referencia a la *validez material* de las normas en tal modo producidas (la conformidad de una norma respecto a normas superiores en sentido material) [79], el asunto se complica, porque este segundo tipo de juicio de validez incluirá inevitablemente una actividad interpretativa relevante, que por tanto plantea problemas de relación entre Derecho y moral del tipo R_{1c}) y R_2). De hecho, si la determinación de la validez material de las normas jurídicas requiere necesariamente interpretación, y si en tal actividad interpretativa también está involucrada la determinación del significado de las normas superiores, y si, por último, tales normas superiores son formuladas de modo tal que incluyan conceptos morales, cuya interpretación requiere una forma de razonamiento moral, entonces la conclusión es inmediata: en el Estado constitucional de Derecho, la determinación de la validez material de las normas jurídicas, además de los componentes valorativos normalmente incluidos en cualquier actividad interpretativa, requiere también una forma de razonamiento moral.

Obviamente esta conclusión se sigue sólo si se acepta la premisa que la interpretación de los conceptos morales incluidos en cláusulas constitucionales requiera alguna forma de razonamiento moral. Esto puede ser contestado, me parece, de dos modos

---

[75] Uno de los ejemplos más espectaculares es J. COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford U. P., 2003.

[76] No intento sostener que en el Estado legislativo, o de todos modos a nivel infra-constitucional (en los códigos, en las leyes, etc.), este tipo de relación entre Derecho y moral no se presente. Intento decir que en el contexto del Estado constitucional de Derecho este tipo de relación adquiere una visibilidad mucho mayor, que hace imposible no ocuparse o desatender tal fenómeno.

[77] Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 114-115; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., 185-186; J. COLEMAN y B. LEITER, «Legal Positivism», en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by D. PATTERSON, Oxford, Blackwell, 1996, 241-260 (243); J. GARDNER, «Legal Positivism: 5½ Myths», cit., 223; L. GREEN, «Legal Positivism», cit.; A. MARMOR, «Exclusive Legal Positivism», en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford U. P., 2002, 104-124; K. E. HIMMA, «Inclusive Legal Positivism», *ibid.,* 135; J. J. MORESO, «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en P. NAVARRO y M. C. REDONDO (comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, 93-116 (94-95).

[78] R. GUASTINI, «Le avventure del positivismo giuridico», en E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico* (2006), a cura di P. CHIASSONI, R. GUASTINI y G. B. RATTI, Milano, Giuffrè, 2007, XXXVII-XLVIII (XLVI).

[79] Para un tratamiento más detallado de los conceptos de «validez material» y de «superioridad material», reenvío a G. PINO, «Norme e gerarchie normative», *Analisi e diritto*, 2008, 263-299. Cfr. también R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 255-256.

(por lo general convergentes): afirmando que las constituciones «presuponen» valores y principios morales como cualquier otra ley; y sosteniendo que de todos modos se trata de valores y principios morales positivizados: una vez reconocidos por el Derecho positivo aquellos valores morales se convierten en no otra cosa que Derecho. Llamaré a esto «el argumento del Rey Midas» [80].

Ahora bien, me parece que el argumento del Rey Midas indique una radical subestimación del problema de la relación interpretativa entre Derecho y moral en el Estado constitucional. Si con este argumento se quiere sostener que ciertos principios morales se convierten en jurídicos a causa del reconocimiento ocurrido en un acto normativo que tiene el estatus de fuente del Derecho, esto es verdad, pero es absolutamente banal. En cuanto a la afirmación que todas las leyes presuponen principios y valores morales, también esto es verdad, banalmente verdadero, pero éste no es el punto de la cuestión. El punto no es que las constituciones, como cualquier otra ley, *presupongan* elecciones de valores; el punto más bien es que las constituciones contemporáneas, a diferencia de lo que ocurre normalmente en las leyes, *formulan expresamente* valores ético-políticos [81]. Y de esta expresa formulación de principios morales descienden algunas consecuencias absolutamente relevantes en el plano de la interpretación de las relativas disposiciones constitucionales. La consecuencia principal es que es inevitable que para interpretar una cláusula constitucional formulada en términos morales se deba recurrir a algún tipo de argumentación moral [82]. Cierto, es obvio que una vez que los principios morales hayan entrado a hacer parte del Derecho su aplicación está afectada por técnicas, argumentos, razones específicamente jurídicas (por ejemplo, el respeto de los precedentes, la recurrencia a analogías consolidadas, o la presencia de límites y excepciones expresas, textualmente formuladas, al campo de aplicación de aquel principio moral). Pero esto no quita que la compresión del contenido de aquel principio, y su aplicación, sea siempre mediada por formas de razonamiento moral, contaminadas por consideraciones jurídicas [83].

Entonces, por lo menos en el contexto del Estado constitucional de Derecho, consideraciones morales influyen sobre la determinación de la validez *material* de las normas jurídicas, ampliando la incidencia de la conexión interpretativa entre Derecho

---

[80] Uso esta definición inspirándome en H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 164: «Como todo eso que el Rey Midas tocaba se transformaba en oro, así todo eso a lo que el Derecho se refiere se vuelve Derecho, es decir, algo jurídicamente existente» (*vid.* también 134). Argumentos de este tipo se pueden encontrar en T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», cit., 16; R. GUASTINI, «Sostiene Baldassarre», *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 1373-1383; *Id.,* «Le avventure del positivismo giuridico», cit., XLV (los conceptos morales, una vez positivizados, «cesan de ser conceptos morales y se vuelven conceptos jurídicos»); *Id.,* «A proposito di neo-costituzionalismo», cit.

[81] Como ya he observado (*supra*, nota 76), esto algunas veces sucede también en el lenguaje legislativo, pero de modo mucho más raro (puede suceder que en una ley hayan declaraciones de principio, pero la reglamentación legislativa es por lo general una reglamentación de detalle).

[82] Metodologías alternativas para la interpretación de estas cláusulas podrían ser: la interpretación literal, la interpretación intencionalista (según la voluntad de los constituyentes), la interpretación según la consciencia social. He pretendido mostrar la no plausibilidad de metodologías similares en G. PINO, «Il linguaggio dei diritti», cit.; *Id., Diritti e interpretazione*, cit., cap. V.

[83] Un mercado regulado, una sustancia química, una fórmula matemática no cesan de ser lo que son, se vuelven «jurídicas», porque han sido contempladas por una norma jurídica. Para entender aquel fenómeno como mercado, como sustancia química, como fórmula matemática, se deberá recurrir a criterios que provengan respectivamente de la economía, de la química, de la matemática.

y moral, y restringiendo proporcionalmente la importancia de la tesis positivista de la separación, cada vez más limitada a sólo una tesis sobre la identificación de las fuentes, de la validez *formal*[84]. De modo que existe un aspecto de la validez —la validez material— para el cual la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral no vale, y, según los mismos iuspositivistas, no vale necesariamente.

He llegado a la conclusión. La fusión, al menos en algunos casos (pero son casos muy importantes), entre razonamiento jurídico y razonamiento moral, que es consecuencia de la necesidad de interpretar cláusulas constitucionales que reenvían expresamente a principios morales, es un dato de hecho ineludible. Esto no requiere abandonar la tesis positivista de la separación, pero limita drásticamente su relevancia sólo a la determinación de la validez formal. Y bien, es lícito solicitar a una teoría iuspositivista que intente hacerse cargo también de este nivel de análisis[85] (siempre que no se acontente, desde luego, con relegar estos problemas al pantano de la discrecionalidad interpretativa y de las incontrolables opciones subjetivas de valor). En otras palabras, a falta de un análisis similar, la tesis de la separación no sólo arriesga con reducirse a una representación consolatoria que nos reasegura que nosotros iuspositivistas, por un lado, no somos imperialistas éticos y, por otro, que estamos empeñados en (o por lo menos recomendamos) un conocimiento científico del Derecho, sino que al mismo tiempo arriesga con desatender varios tipos muy relevantes, y también filosóficamente interesantes, de relación entre Derecho y moral.

(Traducción de Diego Moreno Cruz)

[84] Esto porque «la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral [...] considera sólo la identificación de las fuentes del Derecho positivo, no la identificación de su contenido» (R. Guastini, «Le avventure del positivismo giuridico», cit., XLVI).

[85] Algunos intentos de análisis de este tipo: J. J. Moreso, «Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales», en J. Betegón, J. de Paramo y L. Prieto Sanchís (comps.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, 473-489; B. Celano, «El razonamiento jurídico: tres temas clave, y lo que la filosofía puede (o no puede) hacer acerca de ellos», 2005, en *Id., Derecho, justicia, razones*, cit., 151-169; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. V.

FERRAJOLI Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA. ENSAYO DE INTERPRETACIÓN DE ALGUNAS DIVERGENCIAS *

Luis Prieto Sanchís

Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN. La teoría jurídica de Ferrajoli asume el nuevo paradigma del Estado constitucional de Derecho. Sin embargo se distancia de las construcciones más habituales del neoconstitucionalismo en dos aspectos capitales, que aquí son objeto de análisis. En el aspecto metodológico o conceptual se mantiene firmemente la perspectiva ilustrada y positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral. En el aspecto teórico, se mantiene una posición más escéptica o menos confiada en las posibilidades de la argumentación jurídica, lo que tiene dos consecuencias principales: una visión más restrictiva de la aplicación directa de la Constitución y una visión no conflictivista de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Ferrajoli, neoconstitucionalismo, separación conceptual entre Derecho y moral, conflictualismo, derechos fundamentales.

ABSTRACT. The legal theory of Ferrajoli adopts the new paradigm of constitutional State of Law. However it takes exception to the more frequent constructions of neoconstitutionalism for two prime aspects, which will be considered in the text. In the methodological or conceptual sense it firmly maintains the enlightened and positivist stance of the conceptual separation between law and morals. In the theoretical sense, it differs from neoconstitutionalism in that a more sceptical or doubtful approach is adopted with regards to the possibilities of legal argumentation, resulting in two main consequences: a more restricted view of the direct application of the Constitution as well as a non conflictualist view of the fundamental rights.

Keywords: Ferrajoli, neoconstitutionalism, conceptual separation between law and morals, conflictualism, fundamental rights.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

1. UNA PRIMERA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

«Neoconstitucionalismo» es un término de reciente acuñación teórica y, a mi juicio, ello permite y facilita las aproximaciones más estipulativas, pues como sucede con todos los neologismos no es preciso guardar fidelidad a ninguna tradición semántica. No parece existir, sin embargo, un significado admitido de manera uniforme. En general, creo que con la expresión «neoconstitucionalismo» se alude a una concepción del Derecho desarrollada en el marco o a partir de los sistemas jurídicos nacidos del constitucionalismo contemporáneo, pero sin que en verdad resulten claras las tesis que componen esa nueva concepción, ni tampoco los rasgos precisos que se tienen como relevantes de tales sistemas. En este sentido y tras advertir sobre algunos usos que son fuente de confusión, FERRAJOLI propone denominar constitucionalismo (a secas) a un modelo político cuyo «rasgo distintivo será identificable con la existencia positiva de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad», modelo que se opondría o que sería la superación del Estado legislativo de Derecho. A su vez, y si he entendido bien, expresiones como neoconstitucionalismo, constitucionalismo iusnaturalista o principialista, constitucionalismo positivista o garantista u otras análogas parece que designarían concepciones diferentes a propósito del actual Estado constitucional [1].

No tengo nada que objetar a estas estipulaciones dirigidas a distinguir con mayor claridad entre lo que es un modelo de organización política o un sistema de Derecho positivo y lo que son las diferentes interpretaciones o concepciones construidas a partir del mismo. Me parece, sin embargo, que la caracterización que ofrece FERRAJOLI del constitucionalismo, aunque certera, resulta excesivamente genérica y por ello mismo insuficiente para dar cuenta de los rasgos que singularizan al Estado constitucional contemporáneo y que precisamente permiten distinguirlo del Estado legislativo de Derecho [2]. La mera existencia de una *lex superior* a la legislación ordinaria bien pudiera predicarse, por ejemplo, del modelo propuesto por KELSEN [3], con el que seguramente culmina el Derecho constitucional europeo de preguerra, pero resulta bastante pobre para explicar el constitucionalismo posterior a 1945. Tal vez deberíamos acuñar

---

[1] L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», epígrafe 1, 6. No obstante, más adelante, en el epígrafe 3, se habla de un constitucionalismo garantista como modelo de Derecho, como teoría del Derecho y como filosofía política. Si no me equivoco, en realidad el constitucionalismo garantista entendido como modelo de Derecho describe los rasgos del Estado constitucional contemporáneo y, por tanto, los presupuestos jurídico-políticos que han de ser comunes a las distintas concepciones.

[2] El propio FERRAJOLI suele realizar aproximaciones mucho más precisas: si la regulación de la forma de las leyes caracteriza al positivismo y al Estado de Derecho en sentido débil, «la regulación de sus significados mediante normas sustantivas caracteriza en cambio al *constitucionalismo* y al *Estado de Derecho en sentido fuerte*, que exige que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido», *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, Laterza, 2007, vol. I, 567.

[3] KELSEN, en efecto, asume perfectamente la idea de Constitución como *lex superior*, pero muestra numerosos reparos a la posibilidad de que la misma incorpore derechos fundamentales u otras normas sustantivas que condicionen lo *decidible* por el legislador. *Vid.,* por ejemplo, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en J. RUIZ MANERO (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, 142 y ss.

una nueva expresión que no dé lugar a confusiones, pero en cualquier caso de algún modo hay que individualizar el modelo constitucional desarrollado en la segunda mitad del siglo XX respecto de los precedentes. En otro lugar he propuesto cuatro rasgos o criterios fundamentales sin cuya concurrencia seguramente no hubieran podido concebirse (o lo hubieran hecho de otra manera) los distintos (neo)constitucionalismos, principialistas o garantistas, a saber: el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución como ley suprema, la incorporación a la misma de un denso contenido material o sustantivo, en particular de derechos fundamentales, la garantía judicial y la rigidez frente a la reforma [4]. A este modelo, inédito en la historia política europea de los últimos doscientos años, se le puede denominar *neoconstitucional* o de cualquier otra manera que permita iluminar las diferencias entre la fórmula contemporánea y el constitucionalismo sólo *nominal* del Estado legislativo de Derecho y el constitucionalismo sólo *formal* que finalmente avalaría KELSEN. Pero, a mi juicio, las cuatro características indicadas representan el presupuesto común a toda concepción (neo) constitucionalista, tanto principialista, argumentativa o iusnaturalista, como positivista y garantista. Las diferencias entre esas concepciones responden entonces al distinto modo de interpretar el alcance o la importancia de tales características.

2. EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES

Como he dicho, precisamente ha sido FERRAJOLI quien más ha insistido en que la diferencia fundamental entre el Estado legislativo de Derecho y el Estado constitucional de Derecho reside, no meramente en la presencia de una *lex superior*, sino en lo que he llamado alguna vez la rematerialización constitucional: frente al carácter sólo *formal* de las condiciones de validez de las leyes que regirían en el primero, el segundo incorpora también límites y vínculos sustantivos, que condicionan no sólo *quién* manda y *cómo* se manda (normas de competencia y procedimiento), sino también *qué puede* e incluso *qué debe* mandarse. Allí donde se proclama la dignidad humana, se proscriben las penas crueles o se garantizan la igualdad y el resto de derechos fundamentales, sencillamente la validez de las normas del sistema ya no puede hacerse depender sólo de la legitimidad democrática de su autor, sino ante todo de su adecuación a criterios sustantivos, que a mi juicio no hay inconveniente en calificar como criterios morales.

Pues bien, desde la primera página del trabajo FERRAJOLI confiesa que su finalidad es sostener «una concepción del constitucionalismo estrictamente "iuspositivista", entendiendo por positivismo jurídico una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozca como "Derecho" todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, independientemente de sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia» [5]: la identificación de lo que es Derecho depende de ciertos

---

[4] He tratado la cuestión más extensamente en «Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010 (en prensa).

[5] L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», epígrafe 1, 1 y ss. En la nota 2 insiste FERRAJOLI, recordando a KELSEN, que «no se puede negar la validez de un ordenamiento jurídico positivo a causa del contenido de sus normas».

hechos y no de juicios morales o de la justicia de sus contenidos. Si no me equivoco, se formula aquí de forma prístina una de las más celebradas tesis positivistas, la tesis de las fuentes sociales del Derecho. Pero, ¿es esto posible?, ¿es posible dar cuenta de la validez o existencia jurídica de las normas en el marco del Estado constitucional a partir de la tesis de las fuentes sociales? Pienso que sí, por lo que se refiere a la Constitución misma, cuya existencia es sin duda una cuestión de hecho, pero, ¿puede decirse lo mismo para el resto de las normas?

La tesis de las fuentes sociales puede entenderse de distintos modos, pero tal vez el más asentado consiste en considerar que el Derecho es un fenómeno que *está ahí fuera*, de manera que podemos identificarlo a través de ciertos hechos externos, como el acto de promulgación de las normas por una autoridad o la verificación de una cierta práctica social. Desde esta perspectiva, la identificación del Derecho se convierte en una cuestión de hecho ajena a los problemas de la justicia, y de ahí que pueda predicarse el carácter jurídico de una norma «cualquiera que sea su contenido»: la tesis de las fuentes sociales se ajusta perfectamente al esquema del Estado legislativo de Derecho. Pero justamente esto es lo que no parece tolerar el Estado constitucional de Derecho: aquí las pautas morales ya no sólo aparecen como delegaciones de la Constitución o de la ley para que el juez adopte decisiones incluso cuando el Derecho legal aparezca indeterminado, lo que ha ocurrido siempre con los variados conceptos morales incorporados a la ley, sino que tales pautas se erigen en criterios *internos* para juzgar la pertenencia de las normas al ordenamiento; es decir, que el razonamiento moral se hace presente, no sólo en la *aplicación* del Derecho, sino también en su *identificación*[6]. La existencia de Constituciones con plena fuerza normativa y dotadas de un denso contenido sustantivo o moral impide seguir concibiendo la identificación del resto de las normas del sistema como una mera cuestión de hecho, pues la validez de las mismas descansa no sólo en el respeto a las condiciones formales de competencia y procedimiento, sino también en su adecuación a los principios y derechos fundamentales que representan otras tantas condiciones materiales. Bien puede decirse entonces que los problemas de justicia (más precisamente, de la concepción de la justicia incorporada a la Constitución) se han transformado en problemas de validez o identificación de las normas.

Conviene subrayar que el positivismo o una buena parte del mismo no encuentra ninguna dificultad en considerar la presencia de conceptos sustantivos o morales en la regla de reconocimiento llamada a identificar las normas del sistema; es decir, que la pertenencia de una norma ya no dependería únicamente del *hecho evidente* de su promulgación, sino de que su significado resulte conforme o no contradictorio con los principios de justicia incorporados al Derecho. Tan sólo un positivismo exclusivo o excluyente que sostenga que la validez o identificación de una norma no puede apelar

[6] Una distinción semejante es la que formula RAZ entre un razonamiento *acerca* del Derecho y un razonamiento *de acuerdo* con el Derecho, *La ética en el ámbito público*, trad. de M. MELON, Barcelona, Gedisa, 2001, 348 y ss. Aunque para el autor británico el razonamiento *acerca* del Derecho, que se dirige a la identificación del mismo, excluye el razonamiento moral. También BULYGIN sostiene que una proposición *acerca* del Derecho es descriptiva y, por tanto, susceptible de verdad o falsedad, mientras que una proposición *conforme* al Derecho bien puede estar indeterminada, «Sobre el problema de la objetividad del Derecho», en *Las razones de la producción del Derecho*, N. CARDINAUX, L. CLÉRICO y A. D'AURIA (coords.), Universidad de Buenos Aires, 2006, 39 y ss.

nunca, o *necesariamente* no puede apelar, a la moralidad, resultaría inadecuado para describir el modelo constitucionalista [7]. Pero, en realidad, esto es algo que tal vez no aceptaría ni el propio KELSEN [8], que desde luego no aceptaría HART [9], y que según creo tampoco acepta FERRAJOLI, cuya fundamental distinción entre vigencia y validez gira en torno a la naturaleza fáctica o valorativa de sus respectivos juicios: «Mientras que las condiciones formales de la vigencias constituyen requisitos de *hecho,* las condiciones sustantivas de la validez [...] consisten normalmente en el respeto a valores». Por eso, así como los juicios sobre la vigencia consisten en simples averiguaciones empíricas, los juicios sobre la validez son «juicios de valor, y como tales ni verdaderos ni falsos» [10]. Así pues, la validez de una norma no es que dependa *algunas veces* de su conformidad con los principios sustantivos, sino que depende *siempre*; los hechos evidentes, por ejemplo que el Parlamento ha dictado una ley o que el juez ha pronunciado una sentencia, nos sirven sólo para determinar, en terminología de FERRAJOLI, la vigencia o la validez formal, no la validez plena o sustantiva [11].

3. EL OBJETIVISMO NEOCONSTITUCIONALISTA

Desde la perspectiva neoconstitucionalista o principialista, pero creo que también desde la óptica positivista, la conclusión precedente convierte en dramática la opción que se adopte a propósito de la objetividad de los juicios morales, pues si la determinación de qué dice el Derecho depende de qué dice la moral, entonces la objetividad de tales juicios es condición de la objetividad de nuestros juicios acerca de la validez de las normas y, más allá incluso, es condición también de la propia solidez de los fundamentos del Estado democrático basado en la supremacía de la mayoría encarnada por el legislador y en la separación de poderes: dado que la validez de la decisión mayoritaria viene sometida en el Estado constitucional a su conformidad con ciertos principios morales sustantivos, si suponemos que éstos no dicen nada o casi nada, resultaría que los llamados a aplicar tales principios se convertirían en los auténticos señores del Derecho. Sólo admitiendo la objetividad o algún grado de objetividad de los juicios morales parece posible mantener tanto la (relativa) determinación del Derecho, como el sometimiento de la ley precisamente a la Constitución y no a las variables o caprichosas concepciones del bien sostenidas por los diferentes jueces.

---

[7] El principal representante de este positivismo sería J. RAZ, *La ética en el ámbito de lo público*, cit., 227 y ss.

[8] La Constitución puede establecer no solamente los órganos del proceso legislativo, «sino también, hasta cierto grado, el contenido de futuras leyes. La Constitución puede determinar negativamente que las leyes no deben tener cierto contenido [...] Sin embargo, ésta puede también prescribir, en forma positiva, un cierto contenido para futuras leyes», H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado,* 1944, trad. de E. GARCÍA MÁYNEZ, México, UNAM, 1979, 148.

[9] Al menos desde el *Post scriptum al concepto de Derecho*, ed. de R. TAMAYO, México, UNAM, 2000, 51: «De acuerdo con mi teoría, la existencia y contenido del Derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales [...] sin recurrir a la moral, excepto donde el Derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del Derecho».

[10] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. ANDRÉS, A. RUIZ MIGUEL, J. C. BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTARERO, Madrid, Trotta, 1995, 874. La opinión sobre el carácter sólo empírico de los juicios relativos a la vigencia es matizada en *Principia Iuris,* cit., vol. I., 577, nota 23.

[11] *Vid.* L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, cit., vol. I, 568.

Tal vez por esto el neoconstitucionalismo principialista observa una cierta tendencia al objetivismo moral y (alternativa o conjuntamente) propicia el desarrollo de una poderosa teoría de la argumentación que suele presentarse como el centro mismo de toda experiencia jurídica. No es el momento de detenerse en este punto [12], pero cabe recordar cómo DWORKIN, el gran defensor de la tesis de la unidad de respuesta correcta, parece haber encontrado últimamente en el realismo moral la vía más directa para alcanzarla. Bajo la significativa rúbrica de «Metafísica» y tras criticar a quienes suponen que nuestros conceptos morales son creaciones lingüísticas, «que la verdad objetiva en la moral política no está *ahí fuera* en el universo para que los abogados, jueces y cualquier otro pueda descubrirla», añade: «Pero si la verdad moral objetiva no existe, tampoco hay ninguna tesis interpretativa que pueda ser realmente superior en los casos verdaderamente difíciles [...] Y sobre esta base no podemos sostener un enfoque teórico de la aplicación judicial del Derecho» [13]. Paradójicamente, si las cosas fueran así, podríamos mantener la tesis de las fuentes sociales como antes fue descrita: la identificación del Derecho seguiría siendo una cuestión de *hecho*, aunque, eso sí, de unos muy peculiares *hechos morales*.

Tengo la impresión de que el objetivismo moral y las teorías de la argumentación jurídica son difícilmente compatibles, aunque algunos neoconstitucionalistas parezcan a veces cultivar ambas cosas al tiempo. Las teorías de la argumentación reposan confesadamente en el constructivismo ético y éste, a su vez, sostiene tesis antimetafísicas y antirealistas [14]. Sin embargo, objetivismo moral y constructivismo ético vienen a satisfacer un mismo designio que resulta fundamental al neoconstitucionalismo, el de poder formular juicios morales con pretensiones de objetividad o certeza; ya sea una objetividad *ex ante* o previa a la argumentación, más en la tradición iusnaturalista, ya sea una objetividad *ex post* o fruto de un depurado modelo de argumentación [15]. Lo importante es esquivar el reproche de que, a la postre, el Derecho sea tan sólo lo que los jueces dicen que es.

Precisamente, este reproche resulta habitual en las críticas al neoconstitucionalismo [16] y es compartido asimismo por FERRAJOLI, para quien, como ya sabemos, los

---

[12] Me permito remitir a mi trabajo «Sobre la identificación del Derecho a través de la moral», en J. J. MORESO, L. PRIETO y J. FERRER, *Los desacuerdos en Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, 87 y ss. Precisamente, el trabajo de MORESO en este mismo volumen, que lleva el curioso título de «Tomates, hongos y significado jurídico» constituye una matizada reivindicación del realismo moral.

[13] R. DWORKIN, *La justicia con toga*, trad. de M. IGLESIAS e I. ORTIZ DE URBINA, Madrid, M. Pons, 2007, 73.

[14] Como escribe J. RAWLS, «la idea de aproximarse a la verdad moral no tiene lugar alguno en una doctrina constructivista: las partes en la posición original no reconocen ningún principio de justicia como verdadero o correcto y por ello como previamente dado; su meta es simplemente seleccionar la concepción que para ellos es más racional...», «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como equidad*, ed. de M. A. RODILLA, Madrid, Tecnos, 1999, 213 y 254 y ss. El pluralismo moral que entraña esta posición está muy presente asimismo en la teoría de la argumentación de R. ALEXY: «Al menos en las sociedades modernas, hay diferentes concepciones para casi todos los problemas prácticos. Los consensos fácticos son raros [...] En el conjunto de un ordenamiento jurídico se pueden encontrar siempre valoraciones divergentes que pueden ponerse en relación, pero de manera distinta, con cada caso concreto...», *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, CEC, 1989, 33.

[15] *Vid.* A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 34 y ss.

[16] Entre nosotros, tal vez uno de los más tenaces críticos del neoconstitucionalismo sea J. A. GARCÍA AMADO, a partir por cierto de unos argumentos muy cercanos a los de FERRAJOLI. *Vid.,* entre otras agudas

juicios sobre la validez son juicios de valor y, como tales, ni verdaderos ni falsos. Que la determinación de los más decisivos conceptos jurídicos dependa en última instancia de juicios morales presentados además bajo la aureola de una presunta objetividad, supondría desde esta perspectiva crítica una apertura al activismo judicial y al pandectismo: la normatividad del Derecho se disolvería en la argumentación particularista, las prerrogativas del legislador se verían permanentemente acosadas por la interpretación judicial, el Derecho válido terminaría reduciéndose al Derecho eficaz y, en fin, el pluralismo moral característico de una sociedad democrática quedaría asfixiado por una presunta moral oficial (constitucional) argumentativamente descubierta por unos nuevos sacerdotes, los jueces, oráculos a un tiempo del Derecho y de la justicia. Pero justamente si todo esto sucede o se teme que suceda es porque no se comparten los presupuestos que han sido descritos; esto es, porque no se comparte la idea de una moral objetiva y cognoscible que permita considerar la identificación del Derecho como una cuestión precisamente objetiva aunque dependiente de la moralidad. Como en ocasiones sucede, las divergencias jurídicas entrañan desacuerdos morales. Para FERRAJOLI, en efecto, el neoconstitucionalismo reposa irremediablemente en un objetivismo moral y en un cognoscitivismo ético que resultan inaceptables y que, sin embargo, están en la base de sus dos desarrollos fundamentales, el constitucionalismo ético y el principialismo ponderativo.

4. SOBRE LA CONEXIÓN NECESARIA ENTRE DERECHO Y MORAL

El neoconstitucionalismo principialista sostiene la conexión necesaria entre el Derecho —al menos el Derecho de los modernos Estados constitucionales, que son los únicos que interesan a una concepción que no tiene inconveniente en confesarse «particular» [17]— y la moral a través de distintas vías argumentales: una primera que supone la apertura o *ampliación* del orden jurídico mediante la directa incorporación al mismo de valores morales objetivos [18]; una segunda que implica, al contrario, su *restricción* o limitación merced a la eliminación de sus normas notoriamente injustas [19]; y una tercera que, invirtiendo los términos de la relación, concibe al propio orden jurídico constitucional y democrático como un centro generador de la moral, como una suerte de fábrica de la eticidad [20]. Los dos primeros argumentos, de clara evocación iusnaturalista, suponen que la moral desempeña una función de *identificación* del Derecho; el tercero, en cambio, parece aproximarse más al positivismo ético y aquí es el Derecho quien desempeña una función de *identificación* de la moral. En otros lugares he tenido oportunidad de manifestar mi opinión sobre esta dimensión del neoconstitucionalismo, que es del todo coincidente con las críticas formuladas por FERRAJOLI. Sin embargo, al hilo de su lectura me permito añadir dos observaciones.

---

contribuciones, «Derecho y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», en *Teorías del neoconstitucionalismo*, ed. de M. CARBONELL, Madrid, Trotta, 2007, 237 y ss.

[17] *Vid.* A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit., 222 y ss.

[18] Por ejemplo, R. DWORKIN y su tesis de que la validez de algunas normas no depende de ningún hecho evidente sino *sólo* de su moralidad, *Los derechos en serio*, trad. de M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1984, 65.

[19] Éste es el famoso argumento de RADBRUCH recreado por R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. SEÑA, Barcelona, Gedisa, 1994, 45. Una óptima presentación de este argumento desde perspectivas neoconstitucionalistas en A. GARCÍA FIGUEROA, «Injusticia extrema y validez del Derecho» (en prensa).

[20] Aquí el ejemplo bien podría ser C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, 188 y ss.

La primera es que el neoconstitucionalismo, tomado en su conjunto, resulta en este punto contradictorio; más concretamente, que los dos primeros argumentos son en el fondo incompatibles con el tercero. A mi juicio, el constructivismo ético y, sobre todo, la ética discursiva que están detrás del tercer argumento pulverizan las premisas mismas del constitucionalismo rematerializado como límite a lo que puede ser democráticamente acordado: si resulta que la democracia es el sucedáneo del discurso moral y la moralidad que resulta unida al Derecho «se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos morales posibles» [21], si esto es así, sencillamente no se comprende que algunas normas puedan ser jurídicas *sólo* por su valor moral si no han pasado antes por el tamiz de la democracia, es decir, si no son identificables mediante los hechos que constituyen el procedimiento democrático, fuente a un tiempo de la moralidad y del Derecho; y se comprende mucho menos el argumento de RADBRUCH, pues desde estas premisas resulta lógicamente imposible que un Derecho democrático produzca normas notoriamente injustas, dado que la democracia ha sido revestida de un valor epistemológico. El constructivismo y la ética del discurso no militan así a favor de un constitucionalismo fuerte, sino, más bien al contrario, de una democracia basada sólo en el principio mayoritario. De manera que si con la apelación al constructivismo se ha pretendido sustituir el solipsismo por el diálogo y la autonomía por la heteronomía, lo que no puede pretenderse también es fundar normas morales y jurídicas al margen del procedimiento democrático, o sea del Derecho positivo, ni invalidar normas nacidas de ese mismo procedimiento. Y, al contrario, si quiere mantenerse la idea de que algunas normas morales ingresan en el Derecho sólo por ser morales (y, por tanto, en algún sentido, objetivas) y que algunas normas jurídicas pierden su condición por resultar inmorales o injustas, entonces la apelación al procedimiento democrático como fuente única de la justicia resulta del todo improcedente.

La segunda observación se refiere al tipo de relación que es posible trazar entre las distintas concepciones del Derecho y las doctrinas éticas y metaéticas. En este sentido, FERRAJOLI parece sostener que el objetivismo moral y el cognoscitivismo ético constituyen rasgos característicos de todo neoconstitucionalismo, como de todo iusnaturalismo, y a su vez también que ambas posiciones son incompatibles con el positivismo [22]. Sin duda, es una idea bastante extendida que el positivismo incorpora un cierto punto de vista sobre la moral y el conocimiento moral [23]. Y es cierto que particularmente los dos primeros argumentos antes señalados parecen requerir ese compromiso ético y metaético: afirmar que algunas normas son jurídicas precisamente porque son morales o, al contrario, que otras normas jurídicas dejan de serlo por su carácter inmoral, es difícilmente sostenible si no se parte de algún objetivismo y cognitivismo. Sin embargo, y aun suponiendo que esto resulte acertado, me parece más discutible la afirmación

[21] J. HABERMAS, «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», en *Estudios sobre moralidad y eticidad*, trad. de M. JIMÉNEZ REDONDO, Barcelona, Paidós, 1981, 168.

[22] Se cuida de advertir, no obstante, que la alternativa no es el puro emotivismo ni el abandono de la argumentación racional, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», cit., epígrafe 4.A), 25.

[23] E. BULYGIN ha sostenido incluso que el escepticismo ético forma parte del positivismo jurídico, «Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEC, 1991, 623. No cabe duda que conspicuos positivistas, como KELSEN o ROSS, permiten fundamentar esa asociación.

contraria, esto es, que dichas posiciones éticas se muestren necesariamente incompatibles con el positivismo.

A mi juicio no es así; no es una verdad necesaria que el positivista en Derecho haya de renunciar a todo objetivismo moral o al cognoscitivismo ético [24]. El positivismo entraña tan sólo una concepción a propósito del Derecho como fenómeno social estrechamente vinculado al uso de la fuerza y separado de la moral crítica o racional, cualquiera que ésta sea y cualquiera que sea nuestro punto de vista sobre la justicia. Por ejemplo, no veo ningún inconveniente para que quien asuma como propia una moral objetiva y heterónoma como es la moral católica, reconozca sin embargo el carácter jurídico de una norma injusta [25], y al mismo tiempo rechace ese calificativo para otras normas que él considera moralmente obligatorias pero que carecen del respaldo del Derecho. Afirmar que la validez de la norma no depende de su contenido de justicia y, por tanto, que pueden existir normas válidas e injustas y que la sola justicia no convierte a una norma en jurídica, me parece compatible con los mayores excesos objetivistas y cognoscitivistas a propósito de la moral. Por ello, no veo ningún inconveniente en escindir el discurso práctico y mostrarse como un «iusnaturalista» partidario del objetivismo y del cognoscitivismo en materia moral y como un positivista en Derecho. Es más, recomendar la desobediencia o la insumisión frente a la ley injusta tampoco representa un desmentido al positivismo, al menos al positivismo de quienes pensamos que la obligatoriedad (moral, naturalmente) no es un rasgo conceptual del Derecho [26], o simplemente al que en todo caso mantenga «la primacía práctica de la moral y de la justicia sobre el Derecho, que justifica la *desobediencia civil* contra el Derecho injusto» [27]. En cambio, el positivismo jurídico sí me parece incompatible con la tercera forma de conexión entre el Derecho y la moral, aquella que suele recurrir al constructivismo y considerar al Derecho (democrático) como fuente de la moralidad y de la justicia, postulando así una conexión necesaria entre Derecho y moral en la línea del positivismo ético.

5. PRINCIPIOS, CONFLICTOS Y DERECHOS

Tengo la impresión de que el debate acerca de la distinción entre principios y reglas, muy animado hace algo más de una década, ha perdido fuerza o virulencia, en parte tal vez porque la propia discusión ha contribuido a acercar y matizar las distintas posiciones. En líneas generales, creo que la opinión de FERRAJOLI se adscribe a un positivismo no neoconstitucionalista que pudiera resumirse así: la distinción fuerte entre reglas y principios es errónea e infundada, y la distinción débil, aunque resulta

[24] Así lo ven también P. COMANDUCCI, «Derecho y moral», en *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, CEPC, 2010, 64; y J. WALDRON, *Derechos y desacuerdos*, trad. de J. L. MARTÍ y A. QUIROGA, Madrid, M. Pons, 198.

[25] Este es, por ejemplo, el caso de A. OLLERO: «Optar por proclamar enfáticamente la no juridicidad de la ley injusta resulta una curiosa alternativa [...] (las normas injustas) son sin duda Derecho; un pésimo Derecho, que merecería verse civilmente desobedecido e incluso derogado por una eficaz *desuetudo*, si se contara con el preciso heroísmo cívico», *El Derecho en teoría*, Pamplona, Thomson, Aranzadi, 2007, 244.

[26] Y en esto está de acuerdo FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», cit., epígrafe 4.A), 26.

[27] L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, cit., vol. II, 101.

acertada, se muestra poco relevante. Comparto varias de sus observaciones críticas, en especial la relativa a la inicial distinción entre la *aplicación*, que sería el rasgo típico de las reglas, y el *respeto*, que sería lo máximo a lo que podrían aspirar los principios. Me parece evidente que también las reglas, cuando son observadas por sus destinatarios, resultan respetadas; y que los principios y más concretamente los derechos fundamentales, cuando son violados, resultan aplicables del mismo modo que las reglas. A mi juicio, la dificultad reside en determinar, no aquello que debe ocurrir cuando en definitiva se decide su aplicación, sino las condiciones en que cabe decir que un principio debe ser aplicado como consecuencia de su violación. En otras palabras, la ponderación no sustituye a la aplicación, no es su alternativa, sino que la precede y eventualmente la desplaza o evita; según el esquema ponderativo, la lesión de un derecho no es *todavía* una razón concluyente para su aplicación porque puede ocurrir que deba ceder ante otro principio o derecho, aunque, si finalmente se aplica, no presenta peculiaridad alguna [28].

Por eso, ni el enfoque que parte de la distinción estructural entre reglas y principios, ni aquel otro que insiste en la presunta oposición entre ponderación y subsunción, me parece que iluminen mucho los problemas. La ponderación debe enmarcarse más bien en el capítulo de las antinomias, concretamente de aquellas antinomias donde resulten insuficientes o improcedentes los clásicos criterios jerárquico, cronológico y de especialidad. De entrada, que hablemos de antinomias supone que nuestro *caso* debe poder ser subsumido en el ámbito de aplicación de dos normas que suministran razones contradictorias. Y que tales antinomias no puedan resolverse mediante los criterios tradicionales supone que efectivamente se acredite esa insuficiencia, lo que no siempre resultará evidente, sobre todo en relación con el criterio de especialidad. De ahí que la ponderación sólo se muestre operativa respecto de normas del mismo nivel jerárquico, coetáneas y de semejante grado de generalidad/especialidad, lo que singularmente ocurre con algunas normas constitucionales [29]. Creo que esto incluso puede ser compartido por FERRAJOLI [30] y, así entendida, también sería posible reconducir la ponderación a sus justos límites, dejando de ser esa especie de talismán para justificar los más osados ejercicios interpretativos [31]; sencillamente, sería un método para re-

[28] Lo dicho en el texto tal vez se entienda mejor si distinguimos entre un juicio *prima facie* y un juicio *definitivo*, una distinción ausente en FERRAJOLI, pero de capital importancia en los esquemas ponderativos. En pocas palabras, significa que la inicial constatación de que se ha producido la *afectación* de un derecho no supone sin más su triunfo o su *aplicación*, sino que abre las puertas a un examen ulterior a la luz de los demás derechos o principios concurrentes (la ponderación propiamente dicha), examen que desemboca en el juicio definitivo. *Vid.* C. BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, 614 y ss.

[29] No todas, ciertamente. El criterio de especialidad es aplicable en no pocos conflictos: por ejemplo, la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona (art. 57.1 CE) es una *excepción* al principio de igualdad del art. 14; y la prohibición de las asociaciones secretas o paramilitares (art. 22.5 CE) es otra *excepción*, esta vez al derecho de asociación.

[30] Los que llama principios regulativos «son vinculantes e indefectibles *si no encuentran límites en normas del mismo nivel*» que a su vez tampoco puedan operar según el criterio de especialidad, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», epígrafe 6.C), 44 (la cursiva es nuestra). Luego los principios regulativos dejan de ser vinculantes e indefectibles cuando encuentran límites al mismo nivel que no puedan operar de acuerdo con la regla de la especialidad.

[31] El desbocado activismo judicial a partir de los principios, en algunas ocasiones simplemente inventados por el propio juez, tal vez reciba impulso por parte del neoconstitucionalismo principialista, como denuncia FERRAJOLI, pero se articula más bien mediante la venerable figura de los principios generales del Derecho,

solver cierto tipo de contradicciones normativas particularmente complejas, pero en ningún caso una fábrica de caprichosas normas o principios.

Pero no estoy tan seguro de que, como sugiere FERRAJOLI, la ponderación sea un recurso para resolver sólo los «casos difíciles», marginales y más o menos excepcionales. Al contrario, el panorama descrito en el párrafo anterior es bastante común, tal vez por la indeterminación y no condicionalidad de los principios y derechos constitucionales, que hace relativamente fácil subsumir un buen número de casos en sus respectivos ámbitos de aplicación, sin que entre éstos se advierta siempre una clara relación de especialidad. No es ocasión de un análisis de detalle, pero quisiera comentar un ejemplo paradigmático de relevancia de la ponderación que sin embargo FERRAJOLI parece considerar un caso de aplicación ordinaria de reglas. Me refiero al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación. La Constitución española —al igual que la italiana, art. 3— tras proclamar la igualdad ante la ley, añade una serie de «criterios prohibidos», como el nacimiento, la raza, el sexo o la religión, lo que, interpretado al modo subsuntivo, significa que tales elementos no deben tomarse *nunca* como criterios para adscribir posiciones de derecho o de deber; es decir, que parece que los derechos y los deberes han ser los mismos con independencia de la raza, el sexo, etc. Sin embargo, esto no es así y tampoco puede serlo si se desea reconocer algún contenido a la llamada igualdad sustancial (arts. 9.2 de la Constitución española y 3.2 de la italiana) que estimula acciones positivas a favor de los grupos desfavorecidos, grupos que a veces se definen según los «criterios prohibidos» [32], y últimamente también tipificaciones penales en las que se ve reflejada una suerte de discriminación inversa [33]. Me parece claro que cualquiera de estas medidas constituye, al menos *prima facie*, una *violación* o, si se prefiere, una *afectación* de la igualdad formal y también que, *en definitiva*, no toda intervención promocional puede reputarse aceptable, aunque algunas sí lo sean. Sin embargo, decidir cuáles sí y cuáles no, se hace depender de un juicio de ponderación que algunos llaman de *razonabilidad* [34], sin duda ampliamente discrecional, pero en todo caso inevitable para la coexistencia de los principios en pugna.

Pero, en realidad, si para FERRAJOLI los conflictos y las ponderaciones tienen un carácter excepcional es porque logra introducir en el seno mismo del sistema de derechos un principio de jerarquía, no jurídica ni axiológica, sino estructural: lógicamente, allí donde existe una relación jerárquica no hay espacio para la ponderación. En otro lugar he sostenido que FERRAJOLI pudiera adscribirse a la llamada teoría interna de los derechos fundamentales, que propugna la eliminación misma de los conflictos me-

---

una auténtica fábrica de producción normativa mediante argumentación y primer gran desmentido al legalismo positivista incrustado en el corazón mismo del sistema de fuentes. Me permito remitir a mi *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, 49 y ss.

[32] El propio FERRAJOLI aprueba las medidas que benefician a la mujer y rompen la estricta igualdad formal, precisamente con el objetivo de compensar discriminaciones seculares y «recomponer» así una igualdad inexistente en la práctica. *Vid. Principia Iuris*, cit., vol. I, 798 y ss.

[33] A mi juicio, se trata de un recusable uso simbólico del Derecho penal, pero el legislador ha querido subrayar lo intolerable de la llamada violencia de género (normalmente contra la mujer) diseñando tipologías en las que se hace uso del criterio del sexo del sujeto infractor. Éste es el caso del art. 153.1 del Código Penal, sobre el que se pronuncia el Tribunal Constitucional en Sentencia 59/2008.

[34] Sobre las relaciones entre razonabilidad y ponderación, *vid.* C. BERNAL, «Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes», en *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 59 y ss.

diante una presunta *interpretación adecuada* del ámbito de cada uno de los derechos, pero ahora debo matizar esa opinión [35]: aquí los conflictos quedan eliminados o, mejor dicho, se transforman en *violaciones* de unos derechos a manos de otros merced a que entre ellos existe una suerte de jerarquía u orden de prelación. Muy sintéticamente, ese orden sería el siguiente: en lo más alto se sitúan las inmunidades, como el derecho a la integridad o a no ser torturado, que en puridad no pueden entrar en conflicto con nadie por la sencilla razón de que no se ejercen; las inmunidades se respetan o se violan. A continuación aparecen las facultades o libertades de hacer, como la libre expresión o el derecho de manifestación, que no encuentran más restricciones que las exigidas por el respeto a las inmunidades y al resto de los derechos-facultad. En tercer lugar se colocan los derechos autonomía, cuya expresión son los negocios jurídicos en el ámbito privado y las leyes en el público, y que están estrictamente limitados por los derechos precedentes; los derechos autonomía son en realidad derechos-poder que en puridad no colisionan, sino que en su caso constituyen una violación sobre el resto de derechos. Finalmente, la libertad natural o esfera del *agere licere* que nace del *silentium legis*, llamada a ser libremente limitada por el ejercicio de los derechos autonomía [36]. Como es obvio, vistas así las cosas, se reducen drásticamente las posibilidades de conflicto: donde el principialismo ve conflictos, FERRAJOLI suele ver violaciones.

No procede un análisis de detalle, pero a mi juicio las divergencias entre estas dos formas de entender el Estado constitucional pueden ser analizadas en planos diferentes. En el plano *descriptivo*, las posiciones neoconstitucionalistas o principialistas seguramente dan cuenta de una forma más ajustada de cómo funcionan nuestros sistemas jurídicos y de cuál es la práctica habitual de sus operadores: por ejemplo, cuando una ley entra en conflicto (o viola) un derecho fundamental, la jurisprudencia no se plantea una colisión entre el derecho de autonomía que está detrás de la ley y el derecho objeto de restricción, como sugiere FERRAJOLI que debe de hacerse, sino entre este último y el principio o derecho que pretende ser protegido por la medida limitadora. Por ejemplo, si una ley sobre medio ambiente impone límites al derecho de propiedad, no se habla de colisión entre el derecho de autonomía expresado en la ley y el derecho de propiedad, sino entre éste y el derecho al medio ambiente [37]. Esto es consecuencia también del llamado efecto irradiación o impregnación: cualquier conflicto jurídico puede ser constitucionalizado mediante su transformación en un conflicto de principios, justamente de aquellos principios que supuestamente ofrecen respaldo a cada uno de los elementos en pugna. Mediante esta sencilla operación desaparece todo rastro de jerarquía entre los derechos, pues no es la ley (el derecho-poder de autonomía) quien viene a limitar la libertad o algún otro derecho fundamental, sino el principio o valor al que dice servir la ley (la seguridad, la garantía de un derecho social, etcétera).

---

[35] Esto ya fue advertido por G. P. LOPERA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2006, 150 y ss.

[36] He tratado el tema con mayor amplitud en «*Principia Iuris:* una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional», *Doxa*, núm. 31, 2008, 340 y ss.

[37] El ejemplo tal vez no sea muy feliz habida cuenta de la posición de FERRAJOLI sobre el derecho de propiedad o los derechos patrimoniales, y sobre ello, *vid. Principia Iuris*, cit., vol. I, 759 y ss. Sin embargo, el caso puede reconstruirse con cualquier otro derecho: si una ley limita la libertad religiosa en nombre de la laicidad —*v. gr.* prohibiendo el velo islámico— u otra ley limita la libertad de manifestación en nombre del orden público, el asunto no se plantea como un conflicto entre la ley y los derechos afectados, sino entre éstos y los principios o derechos invocados por la ley.

En el plano *normativo*, garantismo y constitucionalismo principialista parecen tomar también caminos opuestos. El garantismo estimula una mayor *intensión* de los derechos, es decir, una mejor y mayor protección en especial de los derechos más básicos: en concreto, las inmunidades adquieren una fuerza granítica y no pueden ser sacrificadas en nombre de nada. Aquí reside justamente el mayor riesgo del principialismo, pues la ponderación responde a una lógica abiertamente consecuencialista de pesos y balanceos que puede llegar a legitimar las más invasivas intervenciones en la esfera de los derechos. Para decirlo más claramente, una ley que autorizara el derribo de aviones para evitar un atentado al estilo del 11 de septiembre [38], u otra que permitiera el uso de la tortura para obtener información sobre un inminente plan terrorista, bien podrían encontrar justificación desde posiciones principialistas, pero en ningún caso desde el garantismo. En mi modesta opinión, aquí el garantismo no es que tenga razón, es que *debe* tenerla de manera perentoria si no queremos arruinar los derechos más básicos en el altar de la razón de Estado, cuya falta de razón siempre podrá invocar algún principio en su favor. A cambio, el principialismo puede propiciar una mayor *extensión* de los derechos, esto es, la posibilidad de ampliar el catálogo de posiciones iusfundamentales a partir del reconocimiento de un derecho general de libertad [39]; lo que no parece compatible con la más rígida estructura que adoptan los derechos en la visión garantista, donde la simple libertad natural está llamada a ser objeto de limitación por leyes y negocios jurídicos [40].

6. ARGUMENTACIÓN, DISCRECIONALIDAD Y DISEÑO INSTITUCIONAL

FERRAJOLI y el neoconstitucionalismo principialista creo que coinciden al menos en un aspecto, que es su rechazo de la que pudiéramos llamar versión normativa del realismo jurídico, esto es, aquella que sostiene, no ya en el plano descriptivo que el Derecho *es* —a veces o siempre— lo que los jueces dicen que es, sino que defiende con mayor o menor énfasis que así *debe ser*. Aun cuando FERRAJOLI censura la deriva realista a la que arrastrarían muchos planteamientos principialistas, lo cierto es que sus más caracterizados representantes no son realistas en este sentido normativo [41]. Se comparte así el principio de separación de poderes: el juez debe asumir un papel pasivo y cognoscitivo, un papel que recomienda la máxima restricción de las esferas de discrecionalidad y que en todo caso impide una creación libre de Derecho o el desarrollo autónomo de un Derecho de juristas. Tal vez el énfasis sea distinto, pero el modelo de juez ilustrado, boca muda que pronuncia las palabras de la ley, sigue por

[38] Como la Ley alemana de seguridad aérea de 14 de enero de 2005, en este punto invalidada por Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2006.

[39] Por ejemplo, R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. GARZÓN, Madrid, CEPC, 1993, 331 y ss.

[40] No obstante, conviene advertir que FERRAJOLI admite últimamente de modo expreso la figura de los derechos implícitos obtenidos a partir de los derechos expresamente establecidos, «Intorno a *Principia Iuris.* Questioni epistemologiche e questioni teoriche» (inédito), 14.

[41] Ni siquiera ZAGREBELSKY, a quien corresponde el calificativo de «los nuevos señores del Derecho» referido a los jueces. El fino análisis que desarrolla en *El Derecho dúctil* me parece que está escrito en clave descriptiva y no normativa, trad. de M. GASCÓN, Madrid, Trotta, 1995, 150 y ss.

tanto presente, si no como una realidad en el plano descriptivo, sí al menos como un ideal regulativo. Y coinciden también en reivindicar una nueva ciencia de la legislación capaz de imprimir un mayor grado de racionalidad en la producción normativa, considerando que esa racionalidad de la ley representa la mejor garantía del ideal cognitivo de la jurisdicción [42].

Las divergencias giran de nuevo en torno al ya comentado problema de la objetividad, en especial de la objetividad de los principios morales incorporados a la Constitución y de la forma de argumentar a partir de los mismos. Para las posiciones principialistas la ponderación y en general la argumentación jurídica proporcionan un modelo de objetividad y racionalidad que permite que sea el juez quien pronuncie la última palabra sobre el significado de la Constitución sin comprometer con ello su ideal pasivo y cognoscitivo. Tal vez la posición más extrema sea la representada por DWORKIN, cuyo juez Hércules resulta ser a un tiempo sumamente activo (o activista) en la defensa de los derechos contra la ley y en ausencia de ley (los derechos como triunfos frente a la mayoría), pero también exquisitamente deferente con la Constitución, de la que, gracias a ese objetivismo moral que ya fue señalado, es capaz de extraer nada menos que la única respuesta correcta en cada caso. Pero en general todos los cultivadores de las teorías de la argumentación defienden como poco un «objetivismo mínimo» [43] sin el que, en verdad, buena parte de su esfuerzo resultaría baldío; y, sobre todo, sin el que la figura del juez que antes fue descrita se vendría abajo en el marco del constitucionalismo principialista. Pero FERRAJOLI no comparte esta fe en las virtudes de la argumentación y de la ponderación; en particular, esta última presenta un carácter fuertemente discrecional y político que fomenta un excesivo activismo judicial y que por ello mismo lesiona la única fuente de legitimidad de la jurisdicción, que es justamente su carácter cognitivo. Asumiendo los planteamientos positivistas tradicionales, el constitucionalismo garantista reconoce que en todo acto de aplicación del Derecho aparece una irremediable discrecionalidad, fisiológica si se quiere, pero reprocha al neoconstitucionalismo principialista que, haciendo del vicio virtud, termine conduciendo a una especie de apoteosis de la discrecionalidad y, con ello, del activismo judicial. Con lo que a la postre el neoconstitucionalismo desemboca en realismo.

Por supuesto, FERRAJOLI reconoce el importante papel de la argumentación jurídica y especialmente de la ponderación como herramientas para imprimir mayor racionalidad en la aplicación del Derecho, pero rechaza el excesivo alcance que en la práctica vienen desempeñando para justificar «un poder de elección en orden a cuáles principios aplicar y cuáles no aplicar sobre la base de la valoración —inevitablemente discrecional— de su diversa importancia» [44]. Según él, lo que en verdad se ponderan no son las normas, sino las singulares e irrepetibles circunstancias de hecho que deben valorarse en la dimensión equitativa de todo juicio, dentro del ordinario poder de connotación equitativa de los hechos que corresponde al juez: bajo el paradigma

---

[42] Esto es algo que a veces se pasa por alto, pero que está muy presente en la filosofía de la Ilustración: la racionalidad de la jurisprudencia descansa ante todo en la racionalidad de la ley; *vid.,* por ejemplo, el capítulo 16 del libro XXIX de *El espíritu de las leyes.* La apertura de la teoría de la argumentación a la esfera legislativa es patente en M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997; *vid.* también la monografía de G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, Madrid, CEPC, 2005, 313 y ss.

[43] *Vid.* M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 53.

[44] L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», cit., epígrafe 6.C), 47.

garantista, los jueces no pueden crear o ignorar normas, sino sólo decidir sobre su aplicación o no aplicación a la vista de las circunstancias de hecho. Los ejemplos que propone en este sentido son bastante elocuentes y creo que ninguno tiene que ver con la ponderación entre principios constitucionales.

Aunque las palabras de FERRAJOLI sobre la ponderación podrían interpretarse poco más que como una apelación al buen juicio o al sentido común, todavía creo que cabe ensayar una aproximación entre su postura y la generalmente sostenida desde el neoconstitucionalismo. Para la concepción principialista o más argumentativa la ponderación supone sin duda «pesar» la importancia relativa de las normas, pero justamente ese peso depende de las circunstancias de hecho, y por eso es un peso variable en cada caso. En resumidas cuentas, el objeto de la ponderación es «cerrar» las condiciones de aplicación de los principios, es decir, determinar en qué casos uno debe triunfar sobre otro y, con ello, decidir sobre su aplicación a la vista de las circunstancias del caso [45]; que es, si no me equivoco, lo que propone FERRAJOLI cuando dice que lo que se ponderan no son normas sino hechos. Recurriendo a un ejemplo paradigmático, reconocer preferencia al derecho a la información sobre el derecho a la intimidad —siendo ambos relevantes y, por tanto, susceptibles de subsumir el caso— es algo que se hace y que sólo se puede hacer a la vista de las circunstancias de hecho concurrentes en el caso; por cierto, a veces tan irrepetibles que pueden fundar un reproche de «particularismo».

Sin embargo, al menos creo que hay dos razones que desaconsejan ese intento de conciliación y que convierten las divergencias en insuperables. Una ha sido ya abordada y es el muy limitado «conflictualismo» de FERRAJOLI, siendo así que el conflictualismo constituye el presupuesto de la ponderación y de su extraordinario desarrollo: allí donde hay relaciones de jerarquía, como las que propone el constitucionalismo garantista, no hay ponderación. La segunda razón tan sólo puede ser aquí sugerida y, a mi juicio, no tiene tanto un carácter teórico cuanto de diseño institucional. Me refiero al distinto modo de enfocar las antinomias entre ley y Constitución y de arbitrar sus formas de resolución. Sin duda, la ponderación es profusamente utilizada por los Tribunales Constitucionales como un método de decisión útil en todo género de procedimientos, incluido el control abstracto sobre la ley [46]. Pero la ponderación parece mostrar también una gran virtualidad en la aplicación de la Constitución y de la ley por parte de los jueces ordinarios, propiciando el desarrollo de técnicas desaplicadoras: dado que el juicio de ponderación o proporcionalidad por definición no desemboca en la declaración de invalidez de ninguna de las normas en pugna, pues son normas constitucionales, permite también desplazar la aplicación de la ley adscrita o amparada por el principio circunstancialmente derrotado mediante una *interpretación conforme* y sin necesidad de cuestionar su validez constitucional [47].

FERRAJOLI, por el contrario, parece rechazar que la interpretación judicial sea una vía adecuada para colmar lagunas o resolver antinomias, tal vez como nuevo tributo

---

[45] Esta imagen coincide o se aproxima bastante a la caracterización que hacen ATIENZA y RUIZ MANERO de los principios en sentido estricto, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, capítulo I.

[46] Aunque es desaconsejada para este menester por algunos constitucionalistas, como J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías,* Madrid, Trotta, 1999, 77 y 80.

[47] He desarrollado más esta idea, precisamente en diálogo con FERRAJOLI, en «*Principia Iuris:* una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional», cit., 337 y ss.

al principio de positividad[48]; en particular, cuando se advierte una antinomia entre la ley y la Constitución sólo el propio legislador o el Tribunal Constitucional (que es un legislador negativo) están en condiciones de resolverla mediante un acto de derogación o de anulación. A lo que hay que añadir la poca simpatía que muestra FERRAJOLI ante el llamado modelo difuso de justicia constitucional[49], que es, por su carácter de juicio concreto o a la vista de las circunstancias del caso, seguramente el más acorde con los esquemas neoconstitucionalistas. Se aprecia, pues, una divergencia de fondo, pero a mi juicio no tanto acerca de cómo funciona la técnica ponderativa, sino sobre todo acerca de las *circunstancias* de la misma y de la *competencia* institucional para resolver lagunas y antinomias entre ley y Constitución. Sobre lo primero, el garantismo ofrece una imagen de los principios y derechos no conflictualista, o mucho menos conflictualista de lo que es común en los enfoques principialistas y argumentativos; sobre lo segundo, y tal vez por las mismas razones, expulsa del ámbito de la interpretación ordinaria la resolución de lagunas y antinomias que, en cuanto que entraña un acto creador de Derecho, debe quedar confiada al legislador, positivo o negativo.

[48] «Antinomias y lagunas en el sentido aquí definido no son inmediatamente solventables por el intérprete, a quien no compete la alteración del Derecho vigente aplicable aun cuando ilegítimo. Requieren, en efecto, para ser removidas, la intervención de específicos actos decisionales: precisamente, la anulación de las decisiones inválidas o la introducción de las decisiones que faltan», *Principia Iuris*, cit., vol. I, 687.

[49] *Vid. Principia Iuris*, cit., vol. II, 93-94.

EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA DE LA AUTORIDAD JURÍDICA*

María Cristina Redondo

Conicet (Argentina). Universidad de Génova (Italia)

RESUMEN. En este trabajo discuto algunos de los problemas señalados por Luigi Ferrajoli en su artículo: «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista». En primer lugar, en consonancia con las tesis de Ferrajoli, intento sostener que el constitucionalismo ha de ser interpretado como el reconocimiento explícito de un nuevo paradigma de autoridad jurídica y de Derecho, y que la teoría jurídica positivista-normativista ofrece la mejor explicación de este nuevo paradigma. En segundo lugar, intento mostrar que un constitucionalismo iusnaturalista o iusrealista serían auto-contradictorios. Estas teorías explican incorrectamente las normas constitucionales que imponen límites sustantivos a la autoridad jurídica (los derechos fundamentales) y asumen tesis que contradicen la propuesta central del constitucionalismo. A lo largo del análisis me concentro en la idea de balance para destacar dos cosas. En primer lugar, que el constitucionalismo garantista de Ferrajoli implica que estos derechos son normas que están relativamente determinadas por el paradigma vigente en la práctica y que, en tal medida, no se identifican ni aplican mediante balances. En segundo lugar, que dicha tesis es totalmente compatible con reconocer que tales derechos —que devienen parte de los criterios últimos de validez en un sistema constitucionalista—, si bien en modo limitado, admiten una pluralidad de interpretaciones y están potencialmente en conflicto. En tal medida, ellos efectivamente están sujetos a balances.

Palabras clave: constitucionalismo, autoridad, balance de razones.

ABSTRACT. In this article I discuss some of the issues raised by Luigi Ferrajoli in his work «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista». Firstly, in accordance with Ferrajoli, I try to defend that constitutionalism is to be interpreted as the conscious assumption of a new paradigm regarding legal authority and Law, and that a normativist, positivist legal theory offers the best explanation of this new paradigm. Secondly, I try to show that a natural law constitutionalism or a realist constitutionalism would be auto-contradictory theories. They offer an incorrect explanation of the constitutional norms that impose substantial boundaries on legal authority (fundamental rights) and assume thesis which are incoherent with the central proposal of constitutionalism. The analysis is focused on the idea of balance in order to stress two things. On the one hand, that the kind of constitutionalism that Ferrajoli defends implies that fundamental rights are norms relatively determined by the paradigm established in the practice and, to that extent, they cannot be identified or applied though balances. On the other hand, that such a thesis is fully compatible with the admission that fundamental rights —which become part of the ultimate criteria of validity in a constitutionalist system—, though marginally, tolerate a plurality of interpretations and are potentially in conflict with each other. To that extent, they do depend on balances.

Keywords: constitutionalism, authority, balance of reasons.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

1. LA TEORÍA CONSTITUCIONALISTA DE FERRAJOLI Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

La teoría constitucionalista y garantista de Luigi FERRAJOLI es una propuesta que ya sea por su alcance y profundidad como por su sensibilidad frente a los problemas de las sociedades democráticas contemporáneas merece una detallada atención. En este trabajo presentaré sólo algunas ideas que tienen su origen en la lectura del texto «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (en adelante CPCG). Antes de hacerlo quisiera subrayar que la propuesta de FERRAJOLI me impacta en modo singular, como un conjunto de tesis extremamente estimulantes y con las que en la mayor parte de los casos me encuentro de acuerdo en lo sustancial.

Como sabemos, Luigi FERRAJOLI ve en el constitucionalismo un nuevo paradigma de Derecho que se ejemplifica en todo sistema jurídico que incorpore una constitución rígida. Estos sistemas jurídicos corresponden al «Estado constitucional de Derecho» cuyas características más salientes, por lo general, se establecen a través de una comparación con el «Estado legislativo de Derecho». Un primer punto importante es que FERRAJOLI, al afirmar que estamos en presencia de un *nuevo* paradigma, no entiende que el constitucionalismo esté en competición con, o se agregue a, las dos conocidas concepciones del Derecho: el positivismo y el iusnaturalismo [1]. En contraposición con el modo hoy usual de presentar el constitucionalismo, FERRAJOLI sostiene que éste constituye una ruptura o una novedad con relación a una previa versión del positivismo jurídico. Versión ésta que era apta para explicar los sistemas típicos del «Estado legislativo de Derecho», pero que no logra dar cuenta de aquellos que asumen el ideal de la autoridad sustancialmente limitada por el propio Derecho.

La noción de paradigma es compleja y se usa comúnmente con más de un significado. Al hablar del nuevo paradigma constitucionalista, si entiendo bien, FERRAJOLI se refiere a un conjunto de tesis filosóficas, empíricas, políticas, interpretativas, etc., acerca del Derecho y que están implícitas en una práctica efectivamente vigente. Concretamente, según FERRAJOLI, el nuevo paradigma «equivale a un proyecto normativo» que se declina en un preciso *modelo*, en una específica *teoría* y en una determinada *propuesta filosófico-política* respecto del Derecho. El punto importante es que, en su opinión, el modelo, la teoría y la propuesta filosófica de los que estamos hablando hunden sus raíces en la concepción positivista del Derecho, profundizándola.

1.1. El nuevo paradigma positivista de Derecho

¿El modelo que da cuenta de los actuales sistemas jurídicos constitucionalistas es realmente novedoso respecto del modelo ofrecido por el positivismo clásico? Quienes

[1] La lectura que FERRAJOLI ofrece del constitucionalismo se contrapone a la que hacen, por ejemplo, P. COMANDUCCI o M. BARBERIS cuando lo entienden como una teoría del Derecho ulterior y contrastante con la del positivismo y del iusnaturalismo. Cfr. P. COMANDUCCI, *Hacia una teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, 251-264. M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un' introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2.ª ed., 2005, 8-34.

responden que no a esta pregunta sostienen, entre otras cosas, que el paso del Estado legislativo al Estado constitucional de Derecho —momento en el que el cambio de paradigma se hace explícito— es un cambio que puede ser explicado bajo un único modelo positivista de Derecho. En este sentido, los sistemas constitucionalistas contemporáneos, por más diferentes que sean respecto de los sistemas apoyados en la voluntad soberana de un rey o un parlamento tienen idéntica estructura y las mismas características de base. Las diferencias entre los dos sistemas no son cualitativas.

El desacuerdo entre aquellos autores que nieguen y aquellos que como FERRAJOLI sostengan que estamos frente a un nuevo modelo positivista de Derecho podría ser puesto en los siguientes términos. Para los primeros, la diferencia entre un sistema jurídico basado en una autoridad heterónoma soberana (rey, parlamento, congreso, etc.) y uno basado en una autoridad procedimental y sustancialmente limitada por el Derecho reside simplemente en que el último es un Estado que contiene un eslabón más en la cadena legislativa: contiene una ley constitucional. Desde su perspectiva, la teoría clásica del positivismo está en perfectas condiciones para explicar la especial posición de esta ley superior dentro de los sistemas jurídicos.

Aunque por su peculiar importancia la constitución sea fruto de un pacto fundamental, o de un momento político extraordinario, ella no es otra cosa que un ejemplo más de norma jurídica sobre la producción de otras normas jurídicas. Salvo por su específica posición jerárquica, en nada difiere de otras leyes o códigos que establecen órganos competentes (como los que establecen jueces de paz, por ejemplo), regulan el procedimiento de creación de nuevas normas (como los que establecen procedimientos para dictar sentencia) y regulan el contenido de las mismas (como lo hacen el Código Penal o Civil, por ejemplo).

Asimismo, aparentemente, la teoría clásica del positivismo puede explicar con facilidad la primacía o superioridad de aquellas normas constitucionales que limitan a la autoridad y de las que depende la validez de las restantes normas del sistema. En este enfoque, dichas normas procedimentales y sustanciales gozan de prioridad o supremacía porque, y en la medida en que, no pueden ser modificadas por las autoridades cuyos actos controlan, al menos no mediante el procedimiento con que éstas toman sus decisiones ordinarias. En este sentido, la *previsión* de un específico órgano, o de un procedimiento más exigente que el establecido para la legislación ordinaria, i. e. la imposición de rigidez, es vista como una condición necesaria, o inclusive como una condición necesaria y suficiente de su supremacía. La rigidez es lo que explica por qué las normas en cuestión: *a)* son «superiores» o «supremas»; *b)* establecen vínculos (procedimentales y sustanciales) a la autoridad, y *c)* establecen las condiciones últimas de validez de las restantes normas del sistema. En otras palabras, las normas constitucionales que limitan a la autoridad tienen supremacía si, y sólo si, la propia constitución *prevé* un procedimiento de modificación agravado para las normas constitucionales.

En la imagen que emerge de este enfoque, en todo sistema jurídico existen, y hay una diferencia crucial entre, autoridades constituyentes (soberanas) y autoridades constituidas (ordinarias). Las autoridades constituidas están limitadas por la ley emanada de la autoridad constituyente. Esta última es quien *decide,* y establece en una constitución, cuáles son las condiciones últimas para la pertenencia de una norma al sistema. En suma, el paso del Estado legislativo al Estado constitucional de Derecho

significa que hoy el órgano productor de las leyes ordinarias está sometido a una norma superior. Ahora bien, esta norma superior es fruto de la voluntad de una autoridad positiva última que, ciertamente, puede estar moral o socialmente limitada pero carece de sentido decir que está jurídicamente limitada, puesto que toda norma jurídica depende de ella. Tal como se dijo al inicio, estamos en el mismo esquema sólo que con un eslabón adicional, una autoridad y una norma más en la cadena jerárquica.

En resumen. Conforme a la concepción clásica del positivismo nos encontramos todavía en el modelo, así llamado, del gobierno de la voluntad de los hombres. Es posible restringir cuanto sea imaginable (procedimental y/o sustancialmente) la competencia de las autoridades (constituyentes o constituidas), en cualquier caso, las normas que restringen la competencia son el producto de la voluntad una autoridad constituyente. Este legislador especial mañana podría cambiar opinión y modificarlas según su voluntad [2].

Para FERRAJOLI, en cambio, no parece ser la restricción al procedimiento de modificación de la constitución la razón de la supremacía de las normas (procedimentales y sustanciales) que limitan a la autoridad, ni del hecho que ellas constituyan criterios últimos de validez jurídica. Por el contrario, es el reconocimiento de que conforme al paradigma instaurado en la práctica ciertas normas procedimentales y sustanciales constituyen un límite a toda autoridad lo que explica que dichas normas sean incorporadas como criterios últimos de validez jurídica y protegidas mediante constituciones rígidas. Es decir, es lo que explica que dichos límites se reconozcan explícitamente en documentos jurídicos y sean resguardados frente a las decisiones de las autoridades, estableciendo procedimientos especiales para su modificación, o inclusive excluyendo totalmente esa posibilidad. En este enfoque, obsérvese, la *previsión* de un procedimiento agravado para la modificación de las normas constitucionales no es condición ni necesaria ni suficiente de la superioridad de las normas que limitan a la autoridad [3]. En realidad, ellas son supremas en el sistema porque son últimas o no derivadas y esto significa que no pueden ser válidamente creadas, modificadas, o derogadas, siguiendo las normas sobre la producción previstas por el sistema. Ni siquiera a través de procedimientos agravados. Las normas últimas de un sistema, por hipótesis, son independientes y pertenecen al mismo en virtud de factores extra-sistemáticos [4]. En

[2] En la teoría positivista clásica es usual concebir esta autoridad a la luz de la noción de soberano propuesta por J. AUSTIN. Existe una extensa discusión acerca de los problemas de auto-referencia, o de regreso al infinito, que plantea el intento de explicar los límites jurídicos de la autoridad así entendida. Al respecto, E. GARZÓN VALDÉS, «Las limitaciones jurídicas del soberano», 1983, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 181-200.

[3] Si entiendo bien, es esta la posición de L. PRIETO y que es objeto de la crítica de J. C. BAYÓN. Según este último, la previsión de un procedimiento de revisión agravado es una condición necesaria, sin la cual no puede decirse que una norma tenga supremacía. Según la posición de PRIETO, la previsión de un procedimiento agravado no es necesaria justamente porque, aunque no exista, está implícita en aquello que significa ser una norma suprema. Al respecto, J. C. BAYÓN, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. PÁRAMO y L. PRIETO SANCHÍS (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, 67-118.

[4] Con respecto a los criterios de validez de normas en un sistema jurídico es imprescindible distinguir entre aquellos cuya aplicación identifica normas independientes y aquellos que identifican normas dependientes. La exigencia de que *todas* las normas satisfagan los mismos criterios conduce a un regreso al infinito o a un círculo vicioso. Cfr. R. CARACCIOLO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, 31.

mi opinión, la novedad del constitucionalismo tal como FERRAJOLI lo entiende es que el factor extra-sistemático del que estas normas últimas dependen no es el hecho de que estén impuestas por la voluntad de una autoridad, ni el que sean reconocidas por los órganos de aplicación, sino el que se acepten como justificadas en el paradigma imperante[5].

Vistas así las cosas, puede afirmarse que el nuevo paradigma recoge la idea del gobierno de la ley sobre la voluntad de los hombres. En esta perspectiva, los criterios últimos de validez de las normas no dependen de la voluntad de una autoridad, sin aditamentos, ni constituyente ni constituida. Ni siquiera si ella es democrática. Tales límites están justificados en el paradigma imperante y son inderogables o indisponibles por parte de la autoridad. Cabe recordar que una autoridad es alguien que decide en lugar de otro[6]. La autoridad jurídica, concretamente, sustituye en sus decisiones a los individuos que están bajo su competencia. Ahora, conforme al actual paradigma, los únicos agentes «soberanos» son los individuos. La autoridad, en cambio, está conceptualmente sujeta a restricciones (procedimentales y sustanciales) que, en la medida en que estén identificadas por el propio Derecho, devienen restricciones jurídicas.

Estas afirmaciones merecen ser precisadas porque, aparentemente, ponen en duda un principio fundamental del positivismo que FERRAJOLI claramente acepta: *auctoritas non veritas facit legem*. En efecto, la idea de que el Derecho depende en última instancia de una autoridad jurídica puede sugerir que ésta tiene en sus manos la posibilidad de, válidamente, deshacerse de todo límite. Si toda limitación jurídica depende de la voluntad de la autoridad, ¿cómo es posible, en última instancia, una autoridad jurídicamente limitada? Frente a este viejo problema de la limitación de la autoridad última sólo quisiera subrayar lo siguiente. Si «*auctoritas non veritas facit legem*» significa que aquello que es jurídicamente válido está totalmente a disposición de la voluntad de la autoridad, cualquiera sea esta voluntad, entonces llevan razón aquellos autores que sostienen que no estamos frente a un nuevo paradigma ya que todo el Derecho, incluidas las normas últimas que pretenden constituir vínculos a la autoridad, en realidad, dependen de ella. Si el paradigma del constitucionalismo garantista representa una novedad respecto del modo estándar de concebir el Derecho en la óptica positivista, entonces, o bien tenemos que rechazar que *auctoritas non veritas facit legem*, o bien tenemos que admitir que no puede tener el significado antes indicado. A mi entender, en esta nueva perspectiva, aun cuando toda norma jurídica válida dependa en última instancia de la voluntad de una autoridad, no cualquier voluntad de la autoridad da lugar a una norma válida[7]. Lo hace sólo si respeta ciertas normas independientes, cuya pertenencia al sistema jurídico depende de factores extra-sistemáticos *distintos de su propia voluntad*.

En este punto, no sé si comprendo bien las tesis de FERRAJOLI. Conforme a específicos postulados de su teoría, que no son discutidos en el trabajo al que me estoy

---

[5] Según C. S. NINO, entre los criterios de individualización de normas no derivadas se encuentran el criterio territorial, el del origen en un cierto legislador, el de la norma fundamental, el de la regla de reconocimiento y el del reconocimiento de los órganos primarios. Cfr. C. S. NINO, *op. cit.*, 118-131. En mi opinión cabría agregar el criterio de la justificación en el paradigma imperante.

[6] Cfr. J. RAZ, *Practical Reasons and Norms,* 1.ª ed., London, Hutchinson, 1995, 62-64.

[7] Aun si consideramos al electorado como autoridad última, éste no está libre de limitaciones jurídicas. Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 78.

refiriendo, las normas últimas de un sistema dependen en general de un poder constituyente que no es otra cosa que una situación originaria, consistente en una facultad, es decir en un poder, que se caracteriza por ser, no positivo —porque no es producto de ningún acto— y no normativo —porque no es regulado, y que es ejercitado por sujetos naturales—. Éstos, en el caso de los sistemas democráticos, serían todos los miembros de la sociedad, que ejercitándolo dan vida al *pactum associationis* [8].

En mi opinión, cabe subrayar que no todas las normas constitucionales son normas últimas del sistema jurídico. Lo son sólo aquellas que establecen las condiciones de validez de las normas en el sistema. Es decir, las que establecen las condiciones (procedimentales y sustanciales) que la autoridad jurídica debe respetar. Estas normas últimas son criterios independientes, y pertenecen al sistema, o bien en virtud de una fuente social —como piensa un positivista—, o bien en virtud de consideraciones morales, i. e. independientes de toda fuente social —como piensa un iusnaturalista—. *Tertium non datur*. Ante esta alternativa, y en consonancia con el positivismo, entiendo que es la práctica instaurada la que establece en última instancia cómo ha de entenderse la autoridad jurídica y cuáles son sus límites. En este sentido, y sobre la base de una idea que el mismo FERRAJOLI nos ofrece, se puede afirmar que las normas últimas de un sistema pertenecen porque se aceptan como justificadas, dentro del paradigma en vigor. Es interesante observar que la práctica en la que se exhibe el paradigma es más amplia y más profunda que aquella que para HART constituye la «regla de reconocimiento» de un sistema. Según FERRAJOLI, hemos llegado al paradigma constitucionalista, como a toda situación social compleja, a través de luchas, avances y retrocesos históricos. En todo caso, cuál sea el paradigma efectivamente establecido es algo que no depende —como en cambio sí depende la regla de reconocimiento hartiana— de la práctica de identificación de normas desarrollada por los jueces u otros órganos de aplicación [9].

Puede decirse que la vigencia del paradigma constitucionalista no es otra cosa que la efectiva aceptación de la idea del gobierno de la ley sobre la voluntad de los hombres en sustitución de la vieja idea de la autoridad ilimitada. El pacto constitucional es el reconocimiento consciente de esta mutación de paradigma. En resumen, los Derechos que responden al modelo constitucionalista, por una parte, introducen explícitamente la nueva concepción de autoridad. Es decir, incorporan la regla constitutiva vigente en el paradigma: toda autoridad ha de respetar los límites procedimentales y sustanciales establecidos por el Derecho. Por otra parte, tales sistemas intentan formular expresamente los límites a los que, conforme al paradigma, dicha autoridad está sujeta. Es decir, hacen parcialmente explícito, en un pacto constitucional, el contenido del paradigma.

1.2. Algunos corolarios

Según como se desee expresarlo, bajo el paradigma constitucionalista, los límites a la autoridad jurídica indican deberes, o ausencia de competencias, que, o bien se

---

[8] Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*. 1. Teoria del diritto, Roma-Bari, Laterza, 2007, 849-854.

[9] Por este motivo, no se presentarían los problemas de circularidad que, como señalaran CARACCIOLO y NINO, sí afectan a otros criterios de individuación de normas independientes. Cfr. C. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2.ª ed., 1984, 118-132, esp. 128.

aplican a la autoridad jurídica, definida independientemente, o bien son parte de la definición de autoridad jurídica. Conforme a la primera presentación el paradigma constitucionalista puede ser visto como una sustitución del paradigma del gobierno de la voluntad de la autoridad por el del gobierno de la ley sobre la voluntad de la autoridad. Conforme a la segunda presentación, el paradigma constitucionalista es compatible con la idea de que el Derecho depende siempre y exclusivamente de la voluntad de una autoridad. Sólo que, estando al paradigma imperante, se ha modificado nuestra concepción de la autoridad. Ninguna autoridad puede decirse soberana o suprema [10].

Puestas las cosas de este modo, logramos ver en qué consiste uno de los errores fundamentales en el que cae el que aquí he llamado positivismo clásico (y al que FERRAJOLI llama paleo-positivismo). Éste continúa mirando al Derecho con una lente austiniana, y no logra explicar, en términos positivistas, el hecho de que la autoridad esté jurídicamente limitada, sin que esos límites estén a su disposición. En otras palabras, no logra explicar la tesis central del constitucionalismo. El positivismo entendido en términos austinianos está constreñido a admitir que la tesis central del constitucionalismo sólo puede explicarse en términos no-positivistas. De hecho, quienes aceptan este positivismo «clásico» ven en la nueva concepción constitucionalista un retorno, o un re-florecimiento, del iusnaturalismo. En cambio, si lo dicho hasta aquí es correcto, podemos afirmar que hay una teoría positivista que puede explicar sin dificultad —y sin abandonar la tesis de las fuentes sociales— la idea de que hay límites que son constitutivos de lo significa ser una autoridad jurídica y que, por tanto, no están a disposición de dicha autoridad. Tales límites son jurídicos en la medida en que son reconocidos como normas últimas, no derivadas, de un sistema jurídico.

Estas apreciaciones ponen de manifiesto la necesidad de distinguir con claridad entre el paradigma de la autoridad limitada (o del gobierno de la ley) y la específica ley o documento constitucional que, entre otras cosas, recepta el paradigma de la autoridad limitada. Si, como piensa FERRAJOLI, el paradigma del que estamos hablando está efectivamente instaurado en las sociedades contemporáneas, aunque las autoridades puedan mediante ciertos procedimientos previstos (agravados o no) cambiar o abolir el pacto constitucional, no pueden cambiar ni abolir del mismo modo el paradigma. La instauración, cambio, o sustitución de un paradigma acerca del Derecho, aunque sin duda es fruto de acciones humanas, no es producto de una específica acción intencional, ni menos aún de actos jurídico-institucionales de los cuales, por el contrario, es condición de posibilidad. Si el actual paradigma ha de modificarse, como de hecho se modificó el correspondiente al Estado legislativo de Derecho, será como resultado de múltiples factores históricos, políticos, económicos, etcétera.

Asimismo, si el paradigma constitucionalista está instaurado en la práctica, el reconocimiento de esta práctica, para quienes estén conscientemente de acuerdo con ella, será una buena razón para intentar cristalizarla y protegerla mediante documentos jurídicos como son las constituciones. Pero inclusive si la ciudadanía no es consciente del paradigma vigente, el mero hecho de que esté vigente contribuye a explicar causalmente por qué muchas sociedades han llegado a pactos explícitos en los que establecen

[10] Conforme a FERRAJOLI «en el Estado constitucional de Derecho no existen poderes soberanos o *legibus soluti*». Cfr. L. FERRAJOLI, *op. cit.,* 854.

la concepción de la autoridad constitucionalista [11]. En cualquier caso, esto permitiría explicar por qué, aun cuando el paradigma esté establecido, puede haber casos como el de Gran Bretaña, por ejemplo, en los que se ha decidido no formalizarlo, o custodiarlo mediante un documento constitucional. Y, a la inversa, permite también explicar por qué pueden existir documentos o leyes constitucionales que no receptan el paradigma hoy vigente, como sería el caso de toda constitución flexible. Como he dicho antes, los sistemas jurídicos con constituciones rígidas son sólo un ejemplo paradigmático en el que la concepción constitucionalista de la autoridad jurídicamente limitada se asume explícitamente mediante un pacto formal o ley fundamental. Sin embargo, ello no significa que el paradigma no esté en vigor allí donde no hay un documento formal llamado constitución, o que lo esté en cualquier caso en el que exista una constitución en sentido formal [12].

Por último, es posible pensar que, conforme al presente enfoque, el rol de la autoridad constituyente es meramente epistémico. Es decir, su función se limitaría a conocer el contenido del paradigma para plasmarlo en un documento constitucional. Sin embargo, nada de lo que he dicho debería conducirnos a esta conclusión. He sostenido, en efecto, que los pactos constitucionales que asumen un conjunto normas procedimentales y de derechos fundamentales como límite a la autoridad jurídica, de hecho, están reflejando la concepción de la autoridad vigente en la práctica. Aun cuando se admita que estos límites están parcialmente determinados por el paradigma y que las autoridades pueden conocerlos, ellos nada dicen acerca del específico diseño institucional en el cual se deben traducir. Es decir, la autoridad constituyente no sólo debe *decidir* cuáles derechos y procedimientos incorpora, debe también diseñar las específicas instituciones en las cuales ellos se ejercen. Por ejemplo, debe decidir si instaura un sistema de parlamentarista o presidencialista, y de qué tipo concretamente. Si implementa un sistema de control de legitimidad constitucional, y con qué características. En otras palabras, si bien el núcleo conceptual y la posición axiológica de los derechos que limitan a la autoridad no dependen de su decisión, es ella quien decide a través de qué específicas obligaciones, prohibiciones y permisiones implementarlos.

2. LA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN PREDOMINANTE DEL CONSTITUCIONALISMO

FERRAJOLI identifica dos tipos de enfoques teóricos que ofrecen una visión inadecuada del nuevo paradigma constitucionalista: por una parte, el post-positivismo junto al iusnaturalismo, que con respecto al tema en discusión sostienen tesis prácticamente idénticas y, por otra parte, el iusrealismo.

---

[11] Esto no significa que la práctica sea necesariamente precedente a la existencia de constituciones rígidas. Como cuestión de hecho es posible que la existencia de pactos constitucionales rígidos haya contribuido a instaurar el paradigma constitucionalista en la práctica.

[12] El contraste entre paradigma constitucionalista y constitución en sentido formal puede sugerir que el paradigma deba ser entendido como la *constitución material* común a los sistemas jurídicos con *constitución formal*. Sin embargo, no es así. Al menos no lo es en muchos de los sentidos que se da a la expresión «constitución material», que es extremadamente polivalente. Cfr. R. BIN, «Che cos'è la costituzione?», *Quaderni Costituzionali* 1, Il Mulino, 2007, 11-52, 35.

En primer lugar me referiré muy brevemente a algunas apreciaciones de FERRAJOLI que, en su opinión, ofrecen buenas razones para rechazar la conexión necesaria entre Derecho y moral. Al respecto, la posición de FERRAJOLI no parece convincente. A mi entender los argumentos que presenta se basan en un concepto de moral y de objetividad extraños al debate contemporáneo, razón por la cual resulta difícil aplicar su crítica a los post-positivistas y iusnaturalistas que toma en consideración. El mejor argumento para adoptar el *método* positivista, en cambio, es el que FERRAJOLI presenta cuando muestra que la *teoría* positivista está en condiciones de dar adecuadamente cuenta de las ideas centrales del constitucionalismo mientras que no puede decirse lo mismo de las teorías que asumen un enfoque iusnaturalista o iusrealista.

En segundo lugar, me referiré concretamente a los argumentos que muestran por qué tanto el enfoque iusnaturalista como el iusrealista fracasan: estas posiciones ofrecen una explicación inadecuada de los derechos fundamentales, que son las normas que imponen límites sustanciales a la autoridad en el paradigma constitucionalista. Esta vez sí creo que FERRAJOLI lleva la razón y que a partir de sus razonamientos podemos afirmar no sólo que las posiciones criticadas tienen una teoría deficitaria respecto de estas normas fundamentales, sino una tesis aún más radical. En efecto, si asumimos que la teoría del constitucionalismo (o al menos su tesis central acerca de la autoridad limitada) es una teoría *posible*, las propuestas del post-positivismo, iusnaturalismo y iusrealismo deben ser rechazadas por una razón muy convincente: porque asumen tesis que hacen del constitucionalismo una teoría auto-contradictoria. Aun cuando estas posiciones, en abstracto, sean coherentes y ofrezcan un modelo posible de Derecho, no ofrecen una teoría coherente del constitucionalismo. En otras palabras, no es posible un constitucionalismo iusnaturalista o un constitucionalismo realista.

Como bien observa FERRAJOLI, al caracterizar la identificación y la aplicación de las normas que expresan derechos fundamentales, tanto iusnaturalistas como iusrealistas apelan a la idea de balance o ponderación. Es decir a un tipo de razonamiento en el que se cotejan aquellas consideraciones que resultan relevantes a fin de obtener, todas las cosas consideradas, una conclusión [13]. Concretamente, respecto de la identificación de los derechos jurídicamente válidos y/o aplicables, el balance o ponderación, o bien es el nombre del mismo proceso de interpretación, o bien el de un específico razonamiento interpretativo, indispensable para dicha identificación. En cualquier caso, quien sostiene que la identificación o interpretación de los derechos requiere o consiste en un balance está diciendo que el contenido de los derechos válidos y/o aplicables es el producto de una ponderación y está supeditado a la consideración de todo aquello que resulte relevante en el razonamiento mediante el que dicho contenido se identifica.

A su vez, respecto de la aplicación de los derechos fundamentales, el balance, o bien es el nombre del propio proceso de aplicación, o bien el de un específico razonamiento indispensable para obtener una conclusión deóntica. Quien sostiene que la aplicación de estos derechos requiere o consiste en un balance está diciendo que las normas que establecen derechos fundamentales no permiten por sí solas separar una conclusión deóntica respecto de una acción o, lo que es lo mismo, no se aplican me-

[13] El balance no es un razonamiento en sentido lógico. La conclusión que en él se extrae no está determinada por reglas de inferencia lógica, sino por la importancia o fuerza relativa de los datos evaluados como relevantes.

diante una subsunción. Su aplicación, o bien requiere necesariamente, o bien consiste en una evaluación en la que ellos se comparan con todas aquellas otras consideraciones que resulten relevantes en la ocasión de aplicación. Sólo así podremos determinar cuál tiene más peso y determina aquello que, todo considerado, se debe hacer.

Como veremos más adelante, son éstas las ideas responsables del error en el que caen las teorías de corte iusnaturalista y iusrealista, puesto que éstas son las ideas que tornan incoherente la tesis central del constitucionalismo.

2.1. ¿Un constitucionalismo iusnaturalista?

Las lecturas iusnaturalistas y post-positivistas están de acuerdo en que, respecto del modelo del Estado legislativo de Derecho, el constitucionalismo involucra un cambio paradigmático en la concepción de la autoridad jurídica y del Derecho. Ahora bien, ellas entienden que el nuevo paradigma requiere el abandono, o cuando menos la modificación, de la teoría positivista.

2.1.1. La crítica a la conexión entre Derecho y moral

En opinión de FERRAJOLI no hay ningún problema en reconocer que las normas que expresan derechos fundamentales, como muchas otras del ordenamiento jurídico, tienen un contenido moral, o expresan una pretensión (la de sus autores) de justicia. El problema radica, según FERRAJOLI, en que el iusnaturalismo y el post-positivismo entienden que las normas y valores incorporados, o a los que el Derecho remite, son parte de una moral objetiva, verdadera. Es decir, el defecto fundamental de estas teorías es que están asumiendo el objetivismo y el cognoscitivismo éticos. Al hacerlo, estarían admitiendo «...de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes» (CPCG). No es éste el lugar en el que se pueda discutir con profundad esta equiparación, a mi juicio problemática, entre las tesis meta-éticas del objetivismo y el cognoscitivismo éticos y las tesis de una ética normativa iliberal e intolerante. En todo caso, esta forma de entender la moral objetiva y el cognoscitivismo no es la que explícitamente manejan autores como DWORKIN, ATIENZA, ALEXY o MORESO, a quienes él se refiere en sus críticas.

Asimismo, FERRAJOLI sostiene por ejemplo que «una ética objetiva es, inevitablemente, una ética heterónoma...» (CPCG) razón por la cual, y del todo consecuentemente, sostiene también que «no debemos confundir el objetivismo y el cognoscitivismo con la argumentación racional: la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más "verdadera" que la solución opuesta» (CPCG). En mi opinión es un error caracterizar el objetivismo y el cognoscitivismo moral como posiciones no-racionalistas o, más aún, en contraste con lo que propondría una teoría de la argumentación racional aplicada a la moral. La caracterización que ofrece FERRAJOLI conduce a la conclusión de que la tesis de la conexión entre Derecho y moral objetiva significa conexión entre Derecho y decisiones no racionalmente justificadas. Bajo esta presuposición creo que todos los autores iusnaturalistas y post-positivistas que FERRAJOLI menciona estarían de acuerdo con él en que la tesis de

la conexión entre Derecho y moral objetiva es incompatible con el constitucionalismo y no debería ser adoptada. Conforme a la mayor parte de la literatura contemporánea el objetivismo y el cognoscitivismo en moral no sólo son compatibles sino que se basan en la argumentación racional. Es decir, las normas de la moral objetiva son aquellas normas apoyadas por las mejores razones, o aquellas a las que llegamos mediante un razonamiento adecuado. Si por un momento admitimos esta tesis, ¿qué es lo que diferenciaría a la posición de FERRAJOLI de la del iusnaturalismo? En realidad, bajo esta hipótesis, parecen ser idénticas.

Un ulterior argumento a favor de la tesis metodológica positivista, que pone a la moral conceptualmente fuera del Derecho es que, si no procedemos de este modo, perdemos la especificidad de la crítica que las normas jurídicas constitucionales permiten formular respecto de normas jurídicas ordinarias, confundiéndola con una crítica moral, externa al Derecho. En efecto, el parámetro de evaluación que las constituciones introducen al incorporar derechos fundamentales hace posible juzgar el Derecho que «es» sobre la base de lo que él, en virtud del pacto constitucional, «debe ser». Siendo ésta una evaluación jurídica, interna al Derecho. En este sentido, si asumimos la tesis positivista que propone FERRAJOLI, es posible que una decisión sea constitucionalmente ilegítima y no por ello sea moralmente criticable y, a la inversa, podría ser moralmente criticable pero no constitucionalmente ilegítima. Este es un punto ciertamente relevante pero, en mi opinión, las teorías post-positivistas e iusnaturalistas pueden acomodarlo sin ninguna dificultad. Si las normas que expresan derechos fundamentales son o remiten a pautas morales, se sigue que la crítica de ilegitimidad constitucional basada en dichas normas es un tipo de crítica moral. Sin embargo, ello no comporta que el Derecho, incluidas sus propias normas constitucionales, no pueda ser objeto de críticas morales adicionales, desde una perspectiva externa a él [14]. Es decir, aunque el Derecho incorpore pautas morales objetivas es posible distinguir los requerimientos morales que están incorporados al Derecho de aquellos que no lo están [15]. De este modo, es posible mantener diferenciados los dos tipos de evaluación.

La mayor parte de los reproches que FERRAJOLI formula acerca de la conexión Derecho-moral está condicionada por el concepto de moral que está usando. Como vimos, cuando FERRAJOLI se refiere a la moral la entiende como una esfera de consideraciones que establecen aquello que es verdadero o correcto en términos absolutos y que, por tanto, se deben concluyentemente obedecer. Para las actuales posiciones iusnaturalistas y post-positivistas, en cambio, que algo sea una consideración moral no significa que ella establezca aquello que es correcto en modo absoluto, ni que concluyentemente se deba obedecer [16]. Por ejemplo, puede ser correcto dejar de lado los requerimientos morales incorporados al Derecho si existen razones morales más importantes, externas al Derecho, que así lo exigen. En suma, afirmar que el Derecho

---

[14] Por ejemplo, R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 36, 208, 274, 316.

[15] Cfr. R. DWORKIN, «The Moral Reading of the Constitution», *The New York Review of Books*, March, 21, 1996, 46-50, esp. 48.

[16] En rigor, esta idea respecto de la moral la aceptan no sólo las teorías iusnaturalistas, también la acepta el mayor exponente del así llamado «positivismo excluyente», Joseph RAZ. Cfr. J. RAZ, «The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism», G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, 1-17.

incluye normas morales o necesariamente remite a ellas, en ningún caso implica que se pierda la posibilidad de diferenciar con claridad la crítica de inconstitucionalidad de otras críticas morales, o que se siga el deber concluyente de obedecer al Derecho.

2.1.2. La crítica a la explicación de las normas que confieren derechos fundamentales

El argumento, a mi entender decisivo, en contra de las posiciones post-positivistas e iusnaturalistas se encuentra en la crítica que FERRAJOLI formula respecto de la forma en que estas posiciones configuran las normas constitucionales que confieren derechos. En efecto, la comprensión que tengamos de este tipo de normas es crucial puesto que sobre ellas se sostiene el núcleo de propuesta constitucionalista: ellas son las que limitan a la autoridad imponiéndole prohibiciones y obligaciones.

Sobre este punto parece configurarse un auténtico desacuerdo. Según las posiciones post-positivistas e iusnaturalistas, son justamente las normas que expresan derechos fundamentales las que (al establecer una conexión entre Derecho y moral) requieren para su explicación una teoría superadora del positivismo. Según FERRAJOLI, es justamente esta explicación de corte iusnaturalista la responsable de que tales teorías no puedan dar cuenta correctamente de la tesis central del paradigma constitucionalista y del rol que en ella juegan los derechos fundamentales.

Conforme a las teorías post-positivistas y iusnaturalistas las disposiciones que establecen derechos fundamentales expresan principios derrotables y abiertos. Ellos no determinan deónticamente un comportamiento, sólo contribuyen a hacerlo. Es decir, aunque estas posiciones no lo adviertan, o inclusive lo nieguen explícitamente, lo dicho presupone que las disposiciones que establecen derechos fundamentales expresan razones ordinarias para la acción. Sobre este tipo de razones me interesa sólo subrayar lo siguiente. Ellas están ligadas a la idea de balance en el doble sentido antes señalado: se identifican y se aplican mediante un balance. Las razones válidas y/o aplicables a favor o en contra de una acción no son otra cosa que aquellas consideraciones que resultan relevantes en el razonamiento mediante el que se responde a la pregunta acerca del por qué debo realizar o abstenerme de realizar una acción. Asimismo, las razones ya identificadas se aplican mediante un razonamiento en el que se compara su «peso» o «relevancia» para establecer cuáles son «vencedoras» y cuáles «derrotadas». Es decir, para establecer, todo considerado, qué se debe concluyentemente hacer.

Las normas son también razones para hacer algo, pero de un tipo especial. A diferencia de las razones ordinarias, las normas sí determinan la calificación deóntica de una acción ante ciertas circunstancias. Por este motivo, si se verifican las circunstancias apropiadas, como bien subraya FERRAJOLI, se aplican en modo subsuntivo. Aun cuando sean muy genéricas o vagas, como lo son muchos principios, siempre permiten separar una consecuencia deóntica respecto de una acción y excluyen la relevancia de cualquier otra consideración que no haya sido prevista como condición de aplicación.

Las normas tienen dos características que no siempre son debidamente subrayadas y que, a mi juicio, son dos caras de la misma moneda. En primer lugar, ellas son válidas sólo con relación a un sistema. En segundo lugar, si lo son, son necesariamente excluyentes. Que una norma es válida sólo en el interior de un sistema significa que toda

norma válida es, necesariamente, o bien una norma independiente, o bien una norma dependiente. Es válida en un sistema si satisface los criterios (sistemáticos o extrasistemáticos) de pertenencia al mismo y son sensibles *necesariamente* frente a toda consideración que sea relevante conforme a los criterios del sistema. Que toda norma válida es excluyente significa que dichas normas han de ser identificadas exclusivamente sobre la base de los criterios de un sistema. Es decir, sus condiciones de aplicación y su consecuente deóntico no están abiertos y son sensibles *sólo* frente a aquellas consideraciones que sean relevantes conforme a los criterios del sistema.

La tesis del constitucionalismo es que los derechos fundamentales son normas válidas últimas que expresan las condiciones (sustanciales) de validez de todas las restantes normas del sistema jurídico. En otras palabras, ellos son concebidos como normas independientes del sistema, cuya satisfacción es necesaria para que cualquier otra norma, dependiente, pueda ser creada o inferida válidamente. En este sentido, son parte de los criterios específicos de validez de los sistemas que los incluyen.

Los autores que califican a los principios constitucionales como normas abiertas que se identifican y/o aplican mediante balances y no admiten la distinción entre normas y razones ordinarias tal como la he reseñado aquí. Ellos sostienen que, en realidad, existen dos tipos de normas. Por una parte, las reglas, que son excluyentes y admiten aplicación subsuntiva. Por otra parte, los principios, que son normas abiertas y derrotables que se identifican y/o aplican mediante balances. Es fácil ver que, según la caracterización que he ofrecido antes, toda norma, sea ella una regla o un principio, respeta un modelo de aplicación subsuntivo y excluyente. Mientras que, conforme a la caracterización apenas mencionada, sólo las reglas obedecen a estos parámetros. Los principios funcionan como razones ordinarias que se sopesan junto a todo aquello que es relevante en las específicas circunstancias en las que se interpretan o aplican. Si los derechos fundamentales son pautas de este tipo, ellos no son aptos para cumplir el rol de *criterios* de validez de un sistema. Son sólo consideraciones derrotables a favor o en contra de la validez o aplicabilidad de otras consideraciones, también derrotables. Las «normas» válidas, así identificadas, en rigor, no conforman un sistema, constituyen más bien un mero conjunto de razones [17].

A juicio de FERRAJOLI, esta caracterización de los principios en la que se apoya el constitucionalismo principialista es la responsable del «debilitamiento de la normatividad de las constituciones» (CPCG). La justificación de este diagnóstico es del todo obvia. Si los principios que establecen derechos fundamentales se identifican y/o aplican mediante balances, parece una ironía afirmar que ellos son criterios de validez o imponen límites normativos a la autoridad. Es más, como ya he anticipado, creo que a este respecto las apreciaciones de FERRAJOLI se pueden radicalizar. Bajo esta lectura de los principios constitucionales se banaliza completamente el contraste entre la concepción de la autoridad del Estado legislativo y la del Estado constitucional de Derecho. Si los límites que impone la constitución se identifican y/o aplican mediante balances cabe subrayar que éste es el mismo tipo de límite que rige sobre las decisiones del rey o del parlamento en el Estado legislativo de Derecho y, más aún,

[17] Al respecto, *vid.* M. BARBERIS, *Filosofia del Diritto. Un'introduzione teorica*, Bologna, Giappichelli, 3.ª ed., 2008, 176.

es el mismo tipo de exigencia que se aplica a cualquier agente dotado de razón [18]. La metáfora del balance o la ponderación reconstruye la estructura del razonamiento de cualquier agente racional, por este motivo resulta cuanto menos sorprendente conjeturar que la misma idea permita dar cuenta de la exigencia a la que está sujeta la autoridad cuando decimos que está sustancialmente limitada mediante las normas de una constitución rígida. Explicar las normas que limitan a la autoridad como principios, y el razonamiento basado en principios como un razonamiento abierto que se desarrolla mediante un balance o ponderación es tanto como reconocer que no hay una real diferencia entre la concepción de la autoridad del paradigma constitucionalista y la del Estado legislativo de Derecho. Salvo que se piense que las autoridades en este último caso no son agentes racionales sujetos a la normal exigencia de decidir sopesando y ponderando razones.

Coincido con FERRAJOLI en que no hay diferencia estructural entre distintos tipos de normas. Toda norma (sea ella una regla o un principio, independiente o dependiente) se aplica mediante subsunción, y ni su validez ni su específica relevancia se deciden mediante balances abiertos. Esto no significa que no haya ocasiones en las que las autoridades de un sistema jurídico tengan necesariamente que decidir mediante balances abiertos (por ejemplo en los casos de conflictos entre derechos fundamentales). Pero esto es equivalente a decir que, si no hay criterios, las autoridades deben deciden conforme a un juicio discrecional. Si una de las ideas en que se basa el constitucionalismo es que los derechos fundamentales son criterios últimos que restringen la discrecionalidad de la autoridad jurídica imponiéndoles prohibiciones y obligaciones, la última caracterización que deberíamos esperarnos de estos derechos es en términos de pautas abiertas a balances o ponderación. Es un compromiso conceptual del constitucionalismo rechazar esta caracterización. Si no lo hace se auto-contradice, ya que a través de ella estaría negando aquello que afirma como punto de partida: que en el paradigma constitucionalista la autoridad no es meramente un agente racional que decide en modo ponderado, es un agente que se encuentra limitado por normas jurídicas últimas, que no están a su disposición [19].

---

[18] Sólo por dar algunos ejemplos notables en la literatura, DAVIDSON sostiene que un principio aceptado por todo ser racional es aquél según el cual se debe realizar aquella acción que juzgamos mejor sobre la base de las razones relevantes disponibles (principio de continencia). Cfr. D. DAVIDSON, «How is Weakness of the will Possible?», 1970, *Essays on Actions and Events*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 41. También R. NOZICK ve en el balance la estructura del ordinario razonamiento moral. Cfr. R. NOZICK, *Philosophical Explanations*, Cambridge, Mass., Harvard U. P., 1981, 474-494, esp. 479-482. Asimismo J. RAZ ve el balance como un primer principio de racionalidad (P1). Cfr. J. RAZ, *op. cit.,* 15-48, esp. 36.

[19] Este argumento en contra del modo en que las posiciones post-positivistas y iusnaturalistas entienden las normas que expresan derechos fundamentales, en principio, es totalmente independiente de la decisión metodológico-conceptual de considerarlas, o no, pautas morales. El debilitamiento de su normatividad no se produce en virtud de que tales normas tienen carácter moral, sino en virtud de su caracterización como pautas abiertas, sujetas a balances. En esta línea, cabría conjeturar que las teorías de corte iusnaturalista podrían evitar el reproche sosteniendo que contamos con un conjunto último de criterios de validez y aplicabilidad moral que delimitan el sistema de la moral, excluyendo todas aquellas normas que no respeten tales criterios. Desafortunadamente, si es ya altamente controvertido sostener que tales criterios existen respecto de instituciones sociales como son los específicos sistemas jurídicos parece claramente infundado sostener que existen respecto de la moral. En mi opinión, éste no es un defecto de la moral sino justamente un indicador de que aquello que consideramos moral no es un sistema, no está demarcado por un conjunto de criterios últimos sino que depende de lo que se pueda argumentar como relevante, *i. e.* como válido y/o aplicable, a través de balances de razones.

2.2. ¿Un constitucionalismo realista?

Como bien subraya FERRAJOLI, respecto de la caracterización de los derechos fundamentales como principios, y la de los principios como pautas que se identifican y aplican mediante balances, se configura una convergencia entre las posiciones de corte iusnaturalista y realista. El mismo modelo que bajo presuposición de la existencia de una moral objetiva lleva a conclusiones iusnaturalistas es el que, bajo la presuposición de su inexistencia, lleva a conclusiones iusrealistas. En el primer caso, el resultado del balance depende de lo que es objetivamente relevante en cada situación de interpretación o aplicación, en el segundo, depende de la ponderación del intérprete o aplicador.

En una perspectiva realista, los problemas de interpretación de los derechos fundamentales son ineludibles porque, aun cuando se rechacen tesis radicalmente escépticas respecto del significado en general, las disposiciones que expresan derechos fundamentales, específicamente, y en virtud de su carácter general y controvertido, son siempre interpretables en más de un sentido [20]. Por este motivo, las normas que ellas expresan, *i. e.* los casos que regulan y las soluciones que establecen, dependen de un razonamiento abierto y, en última instancia, de quién las interpreta. Éste es el punto fundamental en el que el realismo se separa de toda posición positivista-normativista. Según el realismo, las «normas» jurídicamente válidas y aplicables no se identifican mediante criterios que estructuran un sistema de normas, se identifican mediante razonamientos interpretativos, es decir, balances [21].

Asimismo, una vez resueltos los problemas de interpretación son también ineludibles los problemas ligados a la aplicación, puesto que los derechos fundamentales pueden encontrarse en conflicto y ante la ausencia de criterios para resolverlos, será necesario hacer un balance para determinar cuál es axiológicamente más importante en una determinada ocasión. Nuevamente aquí las posiciones realistas se distancian del positivismo normativista, no porque este último no pueda admitir conflictos entre derechos fundamentales sino porque, al rechazar la existencia de criterios últimos de validez que estructuren un sistema excluyente, los realistas admiten que los principios constitucionales pueden entrar en conflicto con cualquier consideración que a través de un razonamiento adecuado podamos presentar como relevante y aplicable a la situación. En suma, aun cuando las posiciones realistas subrayen que los balances que determinan el contenido o resuelven los conflictos entre derechos no son totalmente abiertos sino que están restringidos por los «textos dotados de autoridad», o se limitan a la consideración de «datos jurídicamente relevantes», el problema es que, en este enfoque, lo que los textos dotados de autoridad dicen, o lo que es jurídicamente relevante, depende siempre de razonamientos abiertos: de la posibilidad de aportar un argumento que se acepte como convincente.

---

[20] Con referencia específica a los derechos fundamentales, cfr. B. CELANO, «Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione», *Analisi e diritto,* 2004, 53-74.

[21] Como sostiene M. BARBERIS, en este tipo de modelo, a diferencia de aquellos en los que la pertenencia de las normas se basa en criterios (por ejemplo, de legalidad y deducibilidad): «...Una norma pertenece al sistema jurídico [...] no sólo por deducción o delegación, sino también por universalización, especificación analogía o cualquier otra justificación que los juristas consideren suficiente». En este modelo, a red, el Derecho es un conjunto de razones ordinarias. Cfr. M. BARBERIS, *op. cit.,* 176-177.

En rigor, en virtud de las tesis que acepta, es imposible que el realismo dé cuenta de las normas jurídicas que limitan a la autoridad. Me explico. Todos los conceptos a los que llamamos «valorativos» o «normativos» —incluido el propio concepto de norma— son ambiguos en un modo específico. Por una parte, todos ellos pueden ser entendidos en modo reduccionista, como conceptos meramente descriptivos. Como, por ejemplo, cuando se dice que «obligatorio» es aquel comportamiento cuya no-realización será probablemente sometida a una sanción, o que «justo» es aquello que impone el más fuerte. Sin embargo, y contemporáneamente, todos estos términos pueden ser también interpretados en modo no-reduccionista, como conceptos que incorporan o incluyen un ideal. Como, por ejemplo, cuando se afirma que «obligatoria» es aquella conducta que se apoya en las mejores razones, o que «justo» es aquello que sería aceptado por individuos racionales en una situación hipotética de diálogo. Ciertamente, los hablantes pueden aclarar en qué sentido están usando las palabras y, de ese modo, cancelar toda ambigüedad respecto de lo que ellos dicen. Sin embargo, no está a su disposición cancelar la ambigüedad existente fuera de ese contexto de uso. Es decir, los otros significados, si existen, no pueden ser abolidos por decisión del hablante. El realismo es una posición que ha insistido mucho en esto. Dada la inevitable ambigüedad del lenguaje, en toda ocasión en la que le atribuyamos un significado, en un modo o en otro, conservador o radical, estamos necesariamente optando por una entre las varias alternativas interpretativas existentes [22].

Esta tesis que atribuye al intérprete la responsabilidad por la inevitable elección que opera es, obviamente, también aplicable a los mismos realistas. Entre las dos interpretaciones efectivamente existentes de las expresiones normativas —y de la expresión «norma», en particular— el realismo escoge la interpretación reduccionista. A tenor de la misma, una norma no es otra que aquello que las autoridades identifican cuando interpretan las disposiciones jurídicas, o cuando deciden sobre su base los casos concretos. De este modo, las así llamadas «normas» carecen de toda dimensión ideal, ellas no prescriben absolutamente nada que vaya más allá de lo que efectivamente dicen quienes las interpretan o aplican. Para ser exactos, en realidad, los realistas pueden aceptar que las normas son entidades ideales o expresan significados ideales. El problema, en este caso, es que estos ideales no se aplican solos. En el ámbito jurídico se aplican necesariamente a través de autoridades [23]. Como se ve, en todo caso, la concepción realista hace imposible expresar la idea de que las normas limitan a las autoridades.

En resumen, lo que me interesa destacar son dos cosas, que reitero. En primer lugar, la interpretación reduccionista que el realismo adopta respecto del concepto de norma no es ineludible. La opción reduccionista es sólo una de las lecturas existentes de los conceptos normativos en general, y del concepto de norma en particular. Doy por sentado que el realismo acepta esta conclusión, dado que en caso contrario estaría diciendo que hay atribuciones de significado verdaderas y falsas, y que su interpretación reduccionista, a diferencia de la no-reduccionista, no es opcional, porque capta el verdadero significado de los términos normativos. Esto, como mínimo, sería paradójico.

---

[22] Cfr. P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica,* Bologna, Il Mulino, 2007, 141.
[23] Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 13.

En segundo lugar, la interpretación reduccionista del realismo torna lógicamente imposible o contradictoria la afirmación según la cual las autoridades están limitadas por normas. En este sentido, un constitucionalismo realista sería una posición internamente incoherente. Por una parte afirmaría que las autoridades están limitadas por normas —que es una tesis central del constitucionalismo— pero, por otra parte, que las normas, por sí solas, no pueden limitar a las autoridades puesto que ellas necesitan de las autoridades para ser identificadas y aplicadas —que es una tesis central del realismo—. Si éste es nuestro modo de entender las normas que expresan derechos fundamentales lo que estamos haciendo no es ofrecer una interpretación o una versión del constitucionalismo, sino quitar sentido a su premisa fundamental.

3. ¿SISTEMAS JURÍDICOS PLURALISTAS SIN CONFLICTOS?

La expresión «conflicto entre normas» puede entenderse en modos diferentes. Si adoptamos la idea de ALCHOURRÓN y BULYGIN, por ejemplo, podemos admitir que un conflicto se presenta cuando, con relación a un caso, un sistema normativo ofrece dos o más soluciones, de tal manera que la conjunción de dichas soluciones es una contradicción deóntica [24]. En este caso, es imposible satisfacer el contenido deóntico de ambas normas. El conflicto, así entendido, supone la existencia de una antinomia que torna incoherente el sistema jurídico en el que se presenta.

En la teoría de FERRAJOLI, y conforme a su definición de antinomia, no existen antinomias entre derechos fundamentales [25]. Sin lugar a dudas su definición consiente que ellas existan entre normas (procedimentales y sustanciales) sobre la producción jurídica y normas ordinarias, sin embargo, «los límites estructurales provenientes de algunos derechos al ejercicio de otros […] no darán lugar a conflictos ni a balances» (CPCG).

Distintos autores se han detenido, por ejemplo, en la hipótesis de «conflictos» entre derechos del mismo tipo imputables a dos o más sujetos diferentes [26]. Estas situaciones representan evidentemente la existencia de un conflicto en algún sentido del término, pero no refieren necesariamente a la pertenencia de dos normas antinómicas en un sistema jurídico. Así, cuando un juez afronta el «conflicto» en el que debe decidir entre el derecho a la vida de Juan y de Pedro porque en virtud de las circunstancias individuales, respetar el derecho del primero implica abstenerse de respetar el del segundo, no se encuentra ni siquiera ante dos normas diferentes, menos aún antinómicas. Para sostener que hay una antinomia deberíamos decir que todas las normas individuales, tales como las que imponen el deber de respetar la vida de Juan y el deber de abstenerse de hacerlo en una ocasión específica, pertenecen

---

[24] Cfr. C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, 101.

[25] D10.43: *«Antinomia» è il vizio sostanziale prodotto dall'indebita decisione di una noma in contrasto con una norma sostanziale sulla produzione, la cui applicazione suppone l'annullamento della norma in contrasto.* Cfr. L. FERRAJOLI, *op. cit.,* tercer volumen, 508.

[26] Los ejemplos a los que me refiero pueden verse en el trabajo de G. PINO, quien, efectivamente, los entiende como ejemplos de conflictos entre derechos fundamentales. Cfr. G. PINO, «Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli», *Doxa,* 2010, 657-660.

al sistema. Pero ésta es una reconstrucción *ad hoc,* claramente insatisfactoria, y que tendría como única justificación el poder sostener que efectivamente pertenecen al sistema dos normas individuales que son antinómicas. Algo parecido sucede ante el derecho a alimentarse de un individuo (entendido como inmunidad) y el derecho a la vida de otros (que podrían beneficiarse con la abstención del primero, usando los recursos liberados para conservar su vida). O ante dos o más derechos sociales, cuando la escasez de recursos materiales impide satisfacer ambos. Sin duda afrontamos un importante problema, y hasta quizás un dilema moral, si habiendo reconocido el derecho a la educación y el derecho a la salud contamos con recursos tan magros que alcanzan sólo ocasionalmente para honrar parcialmente a uno de ellos. Pero estas situaciones no necesariamente indican que el sistema jurídico contiene normas contradictorias. En otras palabras, no hay ninguna razón teórica que imponga la necesidad de reconstruir estas situaciones como una antinomia entre normas que deben ser sometidas a un balance o ponderación. De hecho, FERRAJOLI las configura como hipótesis en la que la aplicación de las normas involucradas requiere sí una ponderación, pero de aspectos empíricos. En su opinión, «la ponderación se produce en cualquier actividad jurisdiccional donde se dé el concurso de varias normas diversas, sean reglas o principios. Pero tiene por objeto no las normas a aplicar, sino, antes bien, las circunstancias de hecho previstas por las mismas» (CPCG). Este tipo de ponderación se presenta siempre, y no sólo en la aplicación de derechos fundamentales. En el Derecho penal, por ejemplo, cabe considerar el balance «entre las circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes del delito», o «...la ponderación que requiere la valoración de circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa» (CPCG). En suma, FERRAJOLI puede correctamente configurar estas situaciones en modo tal que ellas no impliquen la existencia de una antinomia entre las normas pertenecientes al sistema.

Una vez precisadas las circunstancias empíricas de aplicación podríamos advertir que en el sistema existen soluciones normativas precisas, claramente ordenadas. Por ejemplo, respecto de los aparentes conflictos entre derechos de distinto tipo, como el derecho a la intimidad o al honor y el derecho a la información o la libertad de expresión. Si se precisa que estamos hablando del derecho a la intimidad de altos funcionarios del Estado, es posible que sea claro que, para ese tipo de casos, en el sistema prevalezca el derecho a la información. Sin embargo, esto es contingente y, si los criterios de ordenación no permiten establecer qué derecho prevalece, entonces es posible que el sistema que sólo prevé en abstracto el derecho a la intimidad y el derecho a la información contenga una antinomia implícita [27]. En todo caso, pareciera que en este tipo de hipótesis es ineludible admitir que la norma concluyentemente aplicable, aun cuando el juez la presente como la verdadera o la única ofrecida por el sistema, depende de un balance del respectivo valor de las normas involucradas. Por supuesto, si el problema se configurase como de tipo interpretativo y la teoría incorporase el mandato de interpretar coherentemente, precisando los conceptos en modo tal que se obtenga una única respuesta correcta, el sistema resultante sería siempre coherente. Pero ésta es la propuesta normativa de R. DWORKIN, que FERRAJOLI no acepta.

[27] Por supuesto, esto no sucede si se entiende que las normas que pertenecen a la constitución son sólo aquellas que tienen el grado de generalidad explícitamente previsto en sus disposiciones.

Por otra parte, si el constitucionalismo garantista acepta el pluralismo, no como un mero hecho digno de ser superado, sino como un valor que merece ser protegido por el propio Derecho, no se ve por qué se deba aceptar una reconstrucción en la que la posibilidad de antinomias entre normas del mismo nivel —y la respectiva necesidad de balances— que el pluralismo inevitablemente comporta no sea reconocida como tal.

Conforme a la propia práctica en la que están instaurados, los criterios últimos de validez, que normalmente permiten demarcar casos claros de normas excluidas e incluidas en el sistema, en situaciones cuantitativamente marginales —que son todas las que llegan a los tribunales—, pueden tener más de una interpretación y evaluación plausibles, contrastantes entre sí. En estas situaciones marginales el contenido o la relación axiológica existente entre las normas de la más alta jerarquía del sistema, puede ser objeto de balance o ponderación. Pero ello no significa que tales criterios no tengan, en general, un significado y un peso determinados. Por consiguiente, no justifica que sean caracterizados como pautas con significado o valor abiertos.

Es posible pensar que los casos de indeterminación de los criterios últimos confirman la tesis de que el contenido y/o la ordenación axiológica de los mismos, en tales casos, depende de las concretizaciones que realizan autoridades que los interpretan y aplican [28]. Sin embargo, esta conclusión no se sigue. Ciertamente, las mayorías políticas en un parlamento o congreso, mediante balances, deciden cómo interpretar los derechos, o cómo resolver los conflictos entre derechos respecto de ciertos tipos de casos. Y los jueces hacen lo mismo con respecto a casos individuales. Pero si pensamos en la sucesión de las autoridades políticas se ve claramente que la tesis de que ellas, mediante la legislación, concretan el contenido de la constitución y las jerarquías entre derechos lleva a conclusiones absurdas. Si éste fuese el caso, toda mayoría política estaría vinculada a la interpretación y/o jerarquía establecidas por la mayoría precedente puesto que, por hipótesis, ella habría ya especificado mediante sus leyes el contenido de la constitución. Es decir, una mayoría política no podría dictar leyes contrastantes con las de la mayoría precedente. La alternativa es pensar que cada legislatura, independientemente, determina a su arbitrio el contenido de la constitución. En este caso la constitución cambia de una legislatura a otra y el control de legitimidad constitucional de las decisiones de la autoridad política carece de sentido, dado que, por hipótesis, el contenido específico de la constitución es el que dicha autoridad política le confiere. En el primer caso, los jueces deberían permanentemente cuestionar la constitucionalidad de las normas dictadas por la mayoría política de turno ya que, muy probablemente, estarán en tensión con las emanadas de la mayoría precedente. En el segundo caso, sucedería exactamente lo contrario, estarían necesariamente vinculados a las decisiones de la mayoría política de turno sin poder cuestionar su legitimidad constitucional, puesto que, por hipótesis, cada mayoría política determina cómo ha de entenderse lo que la constitución permite o prohíbe.

---

[28] Según algunos autores, la concretización o especificación es una de las vías para identificar estas normas fundamentales. Con respecto a la concretización realizada por los jueces, *vid.* G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, 103-106. Es interesante notar, también, que si estas normas, no derivadas, se identifican mediante abducción o, en todo caso, «de abajo hacia arriba», se cae irremediablemente en un problema de circularidad y se falsifica la tesis de que ellos son condiciones de validez de las restantes normas del sistema. En realidad dependen de ellas.

En suma, parece ineludible aceptar que, conforme a la práctica, en ciertos casos puede no haber criterios para decidir los problemas de indeterminación o de conflictos de derechos fundamentales. Frente a este tipo de casos sucede algo parecido a lo que sucede, en general, frente a expresiones ambiguas o vagas. Al igual que quien usa este tipo de expresiones puede decidir el sentido en el que lo hace, las autoridades eligen y deciden el sentido preciso o la ordenación axiológica que confieren a los distintos derechos fundamentales. Pero esas decisiones, que efectivamente pueden cancelar la indeterminación respecto de los casos a los que pretenden referirse, no cancelan los otros sentidos u ordenaciones que ellos de hecho tienen. No está a disposición de quien los interpreta o aplica hacerlo. Y esto es lo mismo que decir que sus específicas decisiones no determinan su sentido o posición axiológica: la ambigüedad, o la indeterminación de su significado o valor permanecen. Justamente por este motivo es que podemos criticar esas decisiones y, a su vez, autoridades diferentes (o la misma autoridad en una ocasión diferente) pueden legítimamente interpretarlos y aplicarlos conforme a alguno de los otros sentidos u ordenaciones que ellos admiten.

VALIDEZ MATERIAL Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA*

Ángeles Ródenas
Universidad de Alicante

RESUMEN. El objeto de este artículo es poner de relieve una contradicción insalvable en el constitucionalismo garantista de Ferrajoli: de un lado, el constitucionalismo garantista se opone rotundamente a la ponderación, confiando la resolución de los conflictos de validez material a la simple subsunción y a la aplicación del criterio de jerarquía normativa; pero, de otro lado, la concepción de Ferrajoli precisa de una noción amplia de validez normativa, que dé cuenta de aquellos conflictos normativos en los que diversos principios constitucionales pugnan entre sí a la hora de fundamentar un juicio de validez material acerca de una cierta norma.

Palabras clave: Ferrajoli, constitucionalismo garantista, validez material.

ABSTRACT. The purpose of this article is to highlight an insurmountable contradiction in Ferrajoli's positivist constitutionalism (constitucionalismo garantista). On the one hand, positivist constitutionalism is adamantly opposed to weighting, relying on simple subsumption and on the criterion of normative hierarchy for the resolution of conflicts of material validity; but, on the other hand, Ferrajoli's conception requires a broad notion of normative validity, able to account for those normative conflicts in which several constitutional principles compete with each other when supporting the material validity of a certain norm.

Keywords: Ferrajoli, positivist constitutionalism, material validity.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

1. INTRODUCCIÓN

Este comentario cuestiona un elemento clave en el armazón conceptual que estructura el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI. Concretamente voy a fijar mi atención en su concepción de validez material o sustantiva. A fin de no desviarme de este objetivo, pasaré por alto muchos otros aspectos de la teoría de FERRAJOLI que sin duda alguna merecen ser discutidos. Mis argumentos irán dirigidos a mostrar cómo el constitucionalismo garantista precisa sustentarse en una concepción amplia de la validez material, y cómo, a su vez, esta concepción amplia genera una contradicción insalvable en el seno de la teoría de garantista.

En su ensayo, FERRAJOLI contrapone el constitucionalismo argumentativo o principialista al constitucionalismo garantista y defiende la superioridad de este último frente al primero. A su juicio, en la primera orientación los derechos fundamentales estarían dotados de una normatividad débil, confiada a la ponderación; mientras que en la segunda la normatividad de los derechos sería fuerte y confiada a la subsunción [1].

> «En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al "quién" y al "cómo"), sino también **sustanciales**, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al "qué" no se debe o se debe decidir), cuya violación genera **antinomias** por acción o **lagunas** por omisión» [2].

La noción de validez material o sustantiva parece operar como el puente que permite conectar el positivismo jurídico con el constitucionalismo garantista, sin tener que nadar en las turbulentas aguas de la ponderación; se trataría de un positivismo que no precisaría de la ponderación, ya que resolvería los conflictos relativos a la validez material de las normas recurriendo a la subsunción. Esta apuesta por el concepto de validez sustantiva o material constituye uno de los aspectos más llamativos del constitucionalismo garantista de FERRAJOLI. Nuestro autor parece confiar en que esta noción haga avanzar al positivismo jurídico, dando cuenta de la dimensión sustantiva del actual constitucionalismo y sin renunciar con este avance a ninguno de sus presupuestos esenciales.

> «Sin embargo, es preciso reconocer que sólo la rígida disciplina positiva de la producción jurídica está en condiciones de democratizar sus formas y sus contenidos. El primer iuspositivismo del Estado legislativo de Derecho equivale a la positivización del "ser" legal del Derecho, que permite la democratización de sus formas de producción, condicionando su validez formal a su carácter representativo, sobre el que se funda la dimensión formal de la democracia política. El segundo iuspositivismo, que es el del Estado constitucional de Derecho, equivale a la positivización del "deber ser" constitucional del Derecho mismo, que permite la democratización de sus contenidos, condicionando su validez sustancial a su coherencia con los derechos de todos, que son los derechos fundamentales, en los que se funda la dimensión sustancial de la democracia constitucional. Gracias al primer positivismo jurídico se confió el "quién" y el "cómo" de la producción

[1] Cfr. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *supra*, pp. 20 a 21.
[2] Cfr. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *supra*, p. 21.

normativa a sujetos políticamente representativos de los gobernados. Merced al segundo, se vinculó el "qué" de las normas producidas a la garantía de los intereses y necesidades vitales de aquéllos» [3].

Esta armoniosa síntesis entre el *ser* y el *deber ser* del Derecho presenta un indudable atractivo para muchos juristas fielmente identificados con el positivismo, pero que no se resignan a pasar por alto la última de las grandes revoluciones producidas en el lenguaje objeto de la teoría del Derecho: el constitucionalismo jurídico. El atractivo de la concepción de FERRAJOLI para estos juristas es enorme: colma su aspiración de generar un discurso jurídico racional en una zona del Derecho que parecía condenada al *sueño de la razón*, sin renunciar por ello a su estricta observancia positivista. Y es precisamente la noción de validez material, convenientemente revisada, la llave que abre la puerta por la que los juicios de coherencia material o sustantiva ingresarían en el territorio de la racionalidad jurídica.

Voy a sostener que el constitucionalismo garantista precisa sustentarse en una noción amplia de la validez material que obliga a FERRAJOLI a prolongar su viaje más allá del destino por él previsto. En concreto, esta concepción amplia de la validez material: 1) va mucho más allá de lo que la estricta observancia positivista toleraría, y 2) (conexo a lo anterior) conduce a resultados que están en clara y abierta contradicción con tesis centrales sumidas por el propio FERRAJOLI.

Para poder llevar a cabo esta reflexión, es imprescindible que reparemos en distintos tipos de conflictos que involucran juicios de validez material. Comenzaré con algunos ejemplos bastante sencillos que se irán complicando a medida que progrese mi exposición.

2. JUICIOS DE VALIDEZ DE *CORTO ALCANCE*

Imaginemos dos normas, N1 —de rango jerárquico superior— y N2 —de rango inferior— que tuvieran el siguiente tenor:

N1: «Se prohíbe la exportación de obras de arte».
N2: «Se permite la exportación de obras de arte».

La contradicción entre estas dos normas salta a la vista; el contenido proposicional de ambas disposiciones es claramente incompatible. La contradicción es tan grosera que incluso podríamos detectarla desconociendo el significado de los términos no deónticos contenidos en las disposiciones.

Piénsese si no en el siguiente ejemplo:

N1: Se prohíbe *trapulear trípulis.*
N2: Se permite *trapulear trípulis.*

Por supuesto que no siempre la contradicción entre dos normas es tan manifiesta y fácil de percibir. A diferencia de las antinomias del tipo total-total, como las anteriores, las antinomias de tipo total-parcial y parcial-parcial requieren para su detección de la

[3] Cfr. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *supra*, pp. 24 a 25.

atribución de significado a los términos no deónticos de ambas disposiciones. Veamos el siguiente ejemplo:

N1: Se prohíbe la exportación de obras de arte.
N2: Se permite la exportación de objetos antiguos.

Sólo atribuyendo significado a los términos *antigüedades* y *obras de arte* podremos percatarnos de la presencia de una categoría de objetos que aúnan ambas características: son obras de arte y objetos antiguos a la vez. Es precisamente respecto de estos objetos que las dos disposiciones resultan antinómicas, en la modalidad de tipo parcial-parcial.

Sea como fuere, en los tres ejemplos que acabo de exponer la antinomia se detecta fácilmente, sin necesidad de ir más allá del análisis del contenido proposicional de las dos disposiciones. Estos ejemplos nos ilustran sobre problemas de validez material, por así decirlo, de *corto alcance*: son problemas de incompatibilidad lógica que identificamos con sólo comparar los contenidos proposicionales de las dos disposiciones. Como corolario de lo anterior, el esquema de la subsunción funciona aquí perfectamente y el problema que plantea la contradicción entre las dos disposiciones se resuelve, sin excesiva dificultad, aplicando el principio de jerarquía normativa.

3. JUICIOS DE VALIDEZ DE *LARGO ALCANCE*

Por supuesto que esta forma de entender los problemas de validez material —como meros problemas de incompatibilidad lógica entre los contenidos proposicionales de las normas con distinto rango jerárquico— goza de todos los beneplácitos del positivismo más ortodoxo. El problema es que por sí solo no basta para satisfacer las pretensiones del constitucionalismo garantista de FERRAJOLI: nuestro autor precisa extender su análisis de los conflictos materiales de validez más allá de los estrechos márgenes anteriores. Así, por ejemplo, FERRAJOLI se refiere a «un derecho ilegítimo, inválido por acción» cuando se produce una violación del «deber ser jurídico» contenido en las normas constitucionales sobre producción y atribuye a la jurisdicción el deber de «remover» tales «antinomias»:

> «Contrariamente, el constitucionalismo iuspositivista y garantista, teorizando el desnivel normativo y la consiguiente divergencia entre normas constitucionales sobre la producción y normas legislativas producidas, impone reconocer, como su virtual y fisiológica consecuencia, el Derecho ilegítimo, inválido por acción o incumplidor por omisión, cuando se produzca una violación de su "deber ser jurídico". Por ende, confiere a la ciencia jurídica un rol crítico ante el Derecho mismo: ante las antinomias generadas por la indebida presencia de normas en contradicción con los principios constitucionales, y ante las lagunas generadas por la ausencia indebida de normas impuestas por aquéllos. El constitucionalismo garantista importa, en pocas palabras, el reconocimiento de una normatividad fuerte de las constituciones rígidas, en virtud de la cual, dado un derecho fundamental constitucionalmente establecido, de tomarse la constitución en serio, no deben existir normas que estén en contradicción con aquél, y debe existir —en el sentido de que debe ser obtenido por vía de la interpretación sistemática, o bien introducido por vía de la legislación ordinaria— el deber correspondiente a cargo de la esfera pública. Se trata de una normatividad fuerte, ante todo, frente a la legislación, a la que impone evitar las antinomias y colmar las lagunas

con leyes de actuación idóneas, y, en segundo lugar, frente a la jurisdicción, a la que le impone remover las antinomias y señalar las lagunas»[4].

En suma, la idea de la coherencia normativa entre el Derecho legislado y los derechos fundamentales toma cuerpo como el puntal estratégico en el que fundar la ampliación del concepto de validez material. Dicho esto, todo parece apuntar a que esta idea de coherencia normativa nos lleva a pasar de los juicios de validez de **corto alcance** a lo que podríamos llamar juicios de validez de **largo alcance**. Para evaluar la compatibilidad de las disposiciones normativas con los principios constitucionales ya no nos basta con preguntarnos por la consistencia lógica entre los enunciados normativos; parece que de la lupa debemos pasar a los prismáticos, pues sólo ampliando nuestro campo de visión y preguntándonos por la coherencia o congruencia entre los enunciados jurídicos y los principios y valores que el Derecho incorpora, podemos emitir un juicio fiable de validez material[5]. Me propongo mostrar cómo esta ampliación de nuestro campo de visión hará que fácilmente más de un principio constitucional entre en línea de cuenta para fundar un juicio de validez material, y que estos principios pugnen entre sí a favor o en contra de la validez material de la norma de que se trate.

4. UN CASO CONCRETO: EL SOSTENIMIENTO PÚBLICO DE LOS CENTROS RELIGIOSOS DE ENSEÑANZA

El siguiente caso, extraído de la realidad jurídica española (aunque presentado aquí, por razones expositivas, de manera algo simplificada), puede servirnos para ilustrar esta idea. La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, establece el sostenimiento público de los centros de enseñanza privada concertada[6]. Tanto el legislador como la jurisprudencia sitúan el fundamento de esta disposición en el derecho constitucional a la libertad de enseñanza, consagrado en el art. 27 de la Constitución española y, más concretamente, en el apartado tercero, que establece que «los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»[7].

Parece pues indiscutible que el fundamento de la validez material de la obligación de financiar los centros de enseñanza religiosa concertada se encontraría en la libertad constitucional que asiste a los padres para optar por una enseñanza religiosa para sus hijos; dicho en otros términos, la disposición que señala la obligación de financiar los centros de enseñanza concertada (N2) es materialmente coherente con el derecho constitucional a la libertad de enseñanza (N1).

Ahora bien, sería precipitado extraer sin más del análisis anterior la conclusión de que esta disposición no plantea problemas de validez material. Se ha objetado, a mi juicio con buen criterio, que la financiación de los centros de enseñanza religiosos

---

[4] Cfr. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *supra*, pp. 52 a 53.

[5] Sobre la diferencia entre consistencia y coherencia, cfr. J. AGUILÓ, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, 96.

[6] Cfr. Título IV. La disposición se refiere a los niveles de educación básica.

[7] Cfr. el preámbulo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación; el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y la STC 77/85, 12 (*BOE,* 17 de julio de 1985).

atenta (entre otros) contra el principio constitucional que consagra la *aconfesionalidad del Estado*, ya que por el mero hecho de financiar los centros religiosos de enseñanza, el Estado rompe su debida neutralidad.

Por tanto, en el *principio de aconfesionalidad del Estado* encontramos una poderosa razón para negar la validez material de esta disposición. Estimo además que esta razón resulta definitiva, ya que el sostenimiento de los centros religiosos de enseñanza con dinero público quiebra drásticamente la neutralidad estatal; mientras que la formación religiosa de los hijos puede perfectamente llevarse a cabo en ámbitos distintos de la escuela: la familia, las parroquias, las agrupaciones religiosas, etc., se bastan y sobran para llevar a cabo este adoctrinamiento.

Mi intención al introducir este ejemplo es mostrar cómo, cuando los juicios de validez material pasan del corto al largo alcance, el esquema de la subsunción se queda corto. Y, correlativamente, que tampoco un problema como el que aquí planteo se resuelve mediante la mera aplicación del principio de jerarquía normativa. Frente a lo que sucedía con los juicios de validez en el corto alcance, estos juicios de validez de largo alcance son muchísimo más complejos. El principio de jerarquía normativa no despliega su efecto mediante un único vector de fuerza unidireccional, sino que se descompone en varias fuerzas vectoriales que deben contrarrestarse; de modo que sólo mediante la correspondiente combinación de adiciones y sustracciones de las fuerzas vectoriales podremos determinar cuál es la resultante.

Pero que nadie se lleve a engaño. La solución a los problemas de validez material de largo alcance no se encuentra en el cálculo de vectores. Tampoco lo está en la ponderación (aun cuando esto es lo que algunos de los defensores del método de la ponderación dan por supuesto). Éstas no son más que propuestas para reconstruir los procesos argumentativos que se llevan a cabo en los casos en los que, para resolver problemas de coherencia normativa, tenemos que remitirnos a los conflictos entre principios.

Tanto da afirmar que la norma que establece la obligación de financiar los centros de enseñanza religiosa es materialmente inválida porque el principio de aconfesionalidad del Estado *pesa más* que el derecho a la libertad de enseñanza de los padres, que mantener —como yo acabo de hacer— que la norma es materialmente inválida porque el derecho a la libertad de enseñanza de los padres *no logra contrarrestar la fuerza* del principio de aconfesionalidad del Estado. Lo que tienen en común ambas reconstrucciones es que nos ayudan a representarnos las tensiones que con frecuencia se producen entre los diferentes valores que el Derecho incorpora y el juego (de pesos o fuerzas) que, a la luz de las circunstancias de los casos genéricos, se les debe atribuir a cada uno de ellos para resolver el conflicto.

Los ejemplos anteriores de conflictos que involucran juicios de validez material están dirigidos a mostrar cómo, toda vez que extendemos el concepto de validez material para dar cuenta de conflictos de coherencia normativa que se producen entre la legislación y los principios constitucionales, se rompe el esquema unidireccional de la validez normativa y, con ello, deviene insuficiente el planteamiento de la simple subsunción y de la aplicación del único criterio de jerarquía normativa para la resolución de la contradicción.

Y es aquí donde aflora la contradicción insalvable del constitucionalismo garantista de FERRAJOLI a la que me refería al comienzo: de un lado, la concepción precisa de una noción amplia del concepto de validez material, fundada en juicios de *largo alcance*; pero, de otro, el constitucionalismo garantista se opone rotundamente a la ponderación [8].

5. LA RELACIÓN DE *SINERGIA* ENTRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Negar la mayor, y relegar como anecdóticas tales tensiones entre principios, no parece una reconstrucción muy plausible de lo que sucede en nuestros sistemas jurídicos y, por ende, tampoco demasiado útil. Pero esto es precisamente lo que hace FERRAJOLI cuando se refiere a la relación de sinergia entre los derechos fundamentales:

> «La idea de que la garantía de cada derecho fundamental implicaría el sacrificio o la limitación de otros, con la consiguiente necesidad de una ponderación legislativa de los derechos en conflicto, es un lugar común completamente infundado. Las relaciones entre los derechos, como enseña la experiencia histórica, son, sobre todo, de sinergia» [9].

Frente a este planteamiento cabe objetar que si la experiencia histórica demuestra algo es precisamente que con el constitucionalismo moderno se incrementan exponencialmente los conflictos de validez material del Derecho; y, de manera muy destacada, aquellos que involucran a más de un principio constitucional y en los que, como ya sabemos, el principio de jerarquía normativa no puede desplegar su efecto mediante un único vector de fuerza unidireccional; el incremento exponencial de estos conflictos materiales de validez sería —utilizando *desautorizadamente* una expresión de FERRAJOLI— una consecuencia *fisiológica* del constitucionalismo moderno.

Aunque no es muy probable, FERRAJOLI podría replicar que tal sinergia no es algo que se produzca *a priori* en los sistemas jurídicos, sino que tendría lugar *a posteriori*, una vez que el juego de equilibrios entre los valores jurídicos ha quedado restituido por medio de la actividad interpretativa; dicho en otros términos, la relación de sinergia entre los principios jurídicos no sería algo que viene ya dado, sino el *producto ulterior* de la experiencia histórica. Pero, como acabo de advertir, no creo muy probable que FERRAJOLI asumiera esta tesis; de hacerlo no estaría suscribiendo algo muy distinto de una versión *historicista* la tesis de la única respuesta correcta.

6. LA ACTIVIDAD PONDERATIVA DE LA JUDICATURA

Otra posible estrategia para salir de la encrucijada anterior pasaría porque FERRAJOLI revisara en profundidad su concepción de la ponderación, o —si se prefiere— de

---

[8] No obstante, esta idea precisa ser matizada: FERRAJOLI sí admite que puede haber algunos espacios para la ponderación, pero matiza que, «en general, todos los conflictos entre normas de grado diverso y los incumplimientos de normas supra-ordenadas, dan lugar no a conflictos solucionables por los intérpretes mediante la argumentación y ponderación, sino, más bien, a antinomias y lagunas estructurales, es decir, a vicios consistentes en violaciones de reglas o de principios regulativos que pueden ser removidos sólo por intervenciones reparadoras: por la anulación jurisdiccional de las normas inválidas y por la producción legislativa de las normas que faltan», cfr. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *supra*, pp. 44 a 45.

[9] Cfr. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *supra*, p. 46

la deliberación judicial que involucra conflictos entre principios. Esta estrategia me parece mucho más prometedora que la anterior pero, por supuesto, soy consciente de que se encuentra totalmente alejada de la mente de nuestro autor.

FERRAJOLI —no sin que le asista cierta razón— mira la ponderación con enorme desconfianza. Juzga la ponderación judicial como una actividad ilegítima y peligrosa; una actividad capaz de hacer tambalearse la separación de poderes y el sistema de fuentes:

> «De hecho, si se sostiene que los jueces no deben limitarse a interpretar las normas de Derecho positivo, sino que también están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sólo sea a través del balance entre principios, entonces resulta anulada la separación de los poderes. Y en tiempos como los que corren —de creciente tensión entre poder político y poder judicial y de falta de tolerancia del primero a los controles de legalidad ejercitados por el segundo—, la teorización de una semejante potestad normativa de los jueces provoca el riesgo de ofrecer un argumento potente en favor de su investidura política, a través de la elección o, peor todavía, de su colocación bajo la dependencia del poder ejecutivo» [10].

Y este peligro es tan tangible que —a juicio de nuestro autor— puede suponer un retroceso en el devenir histórico del positivismo jurídico:

> «De esta manera, la ciencia jurídica y la jurisprudencia, gracias al rol asociado al balance de los principios, vuelven a reivindicar su papel de fuentes supremas del Derecho; con el resultado paradójico de que la experiencia jurídica más avanzada de la modernidad, representada por la positivización del "deber ser" del Derecho y por la sujeción de todo poder a límites y a vínculos jurídicos, se interpreta como una suerte de regresión al Derecho jurisprudencial y doctrinario premoderno» [11].

Como ya he señalado, la desconfianza de FERRAJOLI en la actividad ponderativa de la judicatura no me parece del todo infundada, pero no creo que el problema se resuelva negando carácter jurídico y/o racional a toda actividad judicial interpretativa encaminada a dirimir conflictos entre principios. Por el contrario, ni la racionalidad de esta empresa puede excluirse *ab initio*, ni toda actividad ponderativa supone *salirse* sin más de lo que el Derecho establece.

Fijémonos nuevamente en el caso concreto del que me he ocupado anteriormente: el sostenimiento de las escuelas religiosas por el Estado. He mantenido que si el Estado sostiene las escuelas religiosas vulnera su deber de mantenerse neutral. Creo que un argumento como éste no puede serle *indiferente* al Derecho; por el contrario, su incorporación constituye una exigencia de racionalidad a la que el Derecho no puede dar la espalda. Basta con ello para darnos cuenta de que la ponderación judicial no tiene por qué ser —como parece pensar FERRAJOLI— un razonamiento ilegítimo, carente de límites racionales o ajeno al Derecho. Por el contrario, puede ser una exigencia de racionalidad demandada por el propio Derecho.

Naturalmente, es poco probable que una tesis como la que aquí estoy suscribiendo goce de las simpatías de FERRAJOLI: si así fuera tendría que revisar algunos de sus compromisos ontológicos respecto de la naturaleza del Derecho. El problema del constitucionalismo garantista de FERRAJOLI es que se asienta sobre una concepción del Derecho demasiado restrictiva: aunque no me es posible extenderme mucho más sobre

---

[10] Cfr. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *supra*, p. 44.
[11] Cfr. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *supra*, p. 52.

esta cuestión, FERRAJOLI —al igual que buena parte del positivismo jurídico más ortodoxo— mantiene una concepción del Derecho férreamente normativista, de acuerdo con la cual el Derecho es visto esencialmente como un conjunto de normas (más sus correspondientes expectativas y garantías).

Pero si concebimos el Derecho no sólo como un conjunto de normas, sino también como un tipo especial de práctica social, empezamos a darnos cuenta de que no sólo hay normas implicadas en la identificación del Derecho: al menos en lo que concierne a los modernos sistemas jurídicos constitucionales, la aplicación judicial de normas está abierta a ciertas exigencias del discurso racional; exigencias como las que he tratado de ilustrar mediante el caso de las escuelas religiosas de enseñanza, en el que la neutralidad del Estado quiebra si sostiene los centros religiosos. No concebimos que nuestra práctica jurídica pueda dar completamente la espalda a la racionalidad discursiva; sin que —por cierto— ello implique necesariamente afirmar que ambas nociones sean coextensivas, o dar por buena la tesis de la única respuesta correcta.

Ver al Derecho sólo como normas y negar su aspecto discursivo coincide con una forma de entender el positivismo jurídico fuertemente asentada en algunas conciencias jurídicas de nuestra época, pero resulta claramente insuficiente para satisfacer las exigencias del gran proyecto normativo defendido por FERRAJOLI.

LAS CUENTAS QUE NO CUADRAN EN EL CONSTITUCIONALISMO DE FERRAJOLI*

Alfonso Ruiz Miguel
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. El artículo analiza tres puntos del escrito de Ferrajoli «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» en los que existen tensiones no resueltas: el primero, relativo al objetivismo moral, el segundo al positivismo jurídico, sea como enfoque metodológico sea como ideología sobre el Derecho, y, en fin, el último al problema de la interpretación jurídica.

Palabras clave: Constitucionalismo, objetivismo moral, positivismo metodológico e ideológico, positivismo excluyente e incluyente, teoría positivista de la interpretación.

ABSTRACT. The paper analyzes three points in the Ferrajoli's essay, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», in which there are tensions not resolved: the first one related to moral objectivism, the second to legal positivism, understood either as a methodological approach or as an ideology about Law, and, the last one related to the problem of legal interpretation.

Keywords: Constitutionalism, moral objectivism, methodological and ideological positivism, exclusive and inclusive positivism, positivist theory of interpretation.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

1. UNA RECAPITULACIÓN OPORTUNA

El último escrito de Luigi FERRAJOLI «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», por lo que yo pueda alcanzar a ver, no contiene especiales novedades en el fondo. Se añaden, sí, algunas referencias a autores y obras contemporáneos antes no tan detalladamente considerados, pero los distintos temas ya habían sido tratados en su extensa obra. Sin embargo, el presente escrito tiene la virtud de reunir materias que no habían sido tratadas por FERRAJOLI de manera conjunta e interrelacionada. Podría decirse, así pues, que este escrito es una recapitulación muy oportuna que por fin echa las sumas de categorías y conceptos relativamente dispersos.

Ahora bien, que la recapitulación sea oportuna no significa necesariamente que las sumas echadas terminen cuadrando la cuenta. En realidad, esta recapitulación puede permitir apreciar más claramente que antes algunas tensiones latentes en las propuestas metaéticas, filosófico-políticas y teórico-jurídicas de la obra de FERRAJOLI. En lo que sigue voy a intentar analizar tres puntos en los que me parece que existen tensiones no resueltas en ella que precisamente este último escrito permite poner de relieve: uno relativo al objetivismo moral, otro al positivismo jurídico sea como enfoque metodológico sea como ideología sobre el Derecho y el último al problema de la interpretación jurídica.

2. SOBRE EL OBJETIVISMO MORAL

La distancia que FERRAJOLI ha mantenido siempre respecto del objetivismo moral es uno de los aspectos transversales de su contribución a la filosofía jurídica, tanto en el plano filosófico-político, como en el teórico-jurídico. Su permanente defensa de una metaética no cognoscitivista, siempre teñida de un cierto relativismo historicista, ha estado acompañada en él de una franca adscripción ética al ideal de los derechos individuales. En el plano filosófico-político, tales derechos han sido interpretados por FERRAJOLI conforme a una exigente versión que, por un lado, pretende aunar las libertades civiles y políticas con la mayor igualdad posible garantizable mediante los derechos sociales y, por otro lado, propugna su máxima extensión a través de la paulatina construcción un modelo jurídico-político cosmopolita. En el plano teórico-jurídico, es la protección de tales derechos la que explica su constante justificación del Estado liberal y democrático de Derecho y, dentro de él, su consideración del Estado constitucional de Derecho como un cambio de paradigma que mejora sustancialmente al decimonónico Estado de Derecho meramente legislativo y «paleopositivista». Esta combinación de una metaética no cognoscitivista y de la defensa ética de los derechos humanos sitúa a FERRAJOLI en una posición similar a la de Hans KELSEN (pero también Alf ROSS o Norberto BOBBIO), para quien el relativismo ético era lógicamente compatible con defender la democracia liberal como mejor sistema de gobierno.

He debatido sobre este punto con FERRAJOLI en dos escritos anteriores, el segundo en réplica a una respuesta suya [1], lo que hace oportuno ahora recapitular y sintetizar el núcleo del debate. Mi crítica inicial era, en lo esencial, que la citada defensa del constitucionalismo y de los derechos fundamentales supone mantener la «aceptabilidad moral universal» de ciertos criterios morales, en un doble sentido: por un lado, en la pretensión de quien afirma tales criterios, que los ha de postular como «suficientemente fundados» y, por tanto, como exigibles a cualquier persona incluso jurídicamente; y, por otro lado, en su contenido, pues se han de postular necesariamente como aplicables a todos los seres humanos.

La respuesta de FERRAJOLI fue doble. Ante todo, volvió a afirmar que no consideraba que sus «tesis morales [...] sean "verdaderas", ni que sean o deban ser universalmente compartidas», alegando como razón que, precisamente porque la diversidad de creencias morales debe ser respetada, «resulta necesaria para la convivencia pacífica la convención jurídica de la igualdad en un cierto número de derechos básicos» [2]. Junto a ello, argumentó que la idea de «aceptabilidad moral universal» es ambigua porque puede referirse tanto a la tesis «meramente trivial», plenamente suscribible por él mismo, de que consideramos que «*pueden* ser aceptados moralmente por todos, en el sentido de que *creemos poder argumentar* con todos en torno a su aceptabilidad», cuanto a la tesis que justifica la imposición jurídica de la *adhesión* interna a algún criterio moral, para él incompatible con el justificable criterio liberal de separación entre Derecho y moral [3].

En mi ulterior réplica apunté tres observaciones. En primer lugar, que defender, como hace FERRAJOLI, la «necesidad» de garantizar algunos derechos básicos, que implica considerar necesaria su imposición coactiva, es precisamente adoptar el punto de vista mínimamente «objetivista» que considera tales criterios morales como universalmente aceptables y, por tanto, como «suficientemente fundados» o correctos (no literalmente «verdaderos», como si fueran científicos, pero volveré enseguida sobre esto). En segundo lugar, que yo no he pretendido nunca que tal «aceptabilidad moral universal» deba llevarse hasta la imposición jurídica de la adhesión interna o en conciencia de tales criterios, pues lo que únicamente ha de afirmar quien defiende tales criterios es que son exigibles a todos, en el límite del modo como el Derecho exige el respeto a tales derechos: mediante la imposición de deberes de conducta incluso penalmente sancionables. Y, en tercer lugar, que la ambigüedad de la expresión «aceptabilidad moral universal» va más lejos todavía de lo advertido por FERRAJOLI, pues entre el debilísimo y trivial sentido de que los propios valores se consideran meramente argumentables para que *puedan* ser aceptados por otros y el fortísimo sentido de que esté justificado imponer su adhesión interna o en conciencia, está el sentido intermedio, que ha sido el defendido por mí y en el que FERRAJOLI parece no haber reparado, de que si consideramos justificado imponer jurídicamente nuestros valores de justicia frente a quienes actúan desconociéndolos es porque creemos que deberían

---

[1] *Vid.* A. RUIZ MIGUEL, «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, esp. 357-361; L. FERRAJOLI, «*Principia iuris.* Una discusión teórica», *ibid.*, 416-418; y, en fin, A. RUIZ MIGUEL, *Democracia y relativismo* (Lección Ernesto Garzón Valdés 2010), México, Fontamara, 2011, especialmente 66-70.

[2] L. FERRAJOLI, «*Principia iuris.* Una discusión teórica», cit., 417.

[3] Cfr. *ibid.,* 418 (cursivas mías).

ser reconocidos también por ellos: por eso no podemos limitarnos a considerar que *pueden* ser aceptados moralmente por todos, sino que tenemos que asumir también que *deberían* serlo.

En el escrito que aquí estoy comentando FERRAJOLI vuelve a defender su posición metaética no cognoscitivista y antiobjetivista frente al constitucionalismo principialista, que al menos en las versiones de ALEXY, DWORKIN, ZAGREBELSKY, MORESO o ATIENZA pretendería que existe una conexión entre los sistemas jurídicos constitucionales actuales y una moral objetiva. Antes de considerar los argumentos aducidos me parece importante aclarar el amplio significado que FERRAJOLI otorga al no cognoscitivismo, identificado con las concepciones objetivistas de la moral [4], por lo que entiende cualquier concepción según la cual los valores y criterios morales son «*en algún sentido* "objetivos", "verdaderos" o "reales"» (cursiva mía) [5]. FERRAJOLI aclara más adelante que no pretende defender el emotivismo ético, sino alguna suerte de fundamentación en la argumentación racional que «no debemos confundir [con] el objetivismo y el cognoscitivismo». Sin embargo, inmediatamente deja ver que estamos de nuevo ante la tesis meramente trivial de que los valores morales así argumentados *pueden* ser aceptados de hecho, pero que no tienen la pretensión de *tener que* serlo, ya que «la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más "verdadera" que la solución opuesta» y que, por tanto, defender racionalmente los principios liberal-democráticos como justos no supone pretender «que sean considerados y aceptados por todos como "justos" por ser "objetivos" o "verdaderos"».

Ahora bien, más allá de la insistencia en términos como «objetividad» o «verdad» —que literalmente sólo impugnan una (para mí también indefendible) concepción estrictamente cognoscitivista de los enunciados morales que los identifique con los enunciados lógicos o con los científicos de carácter empírico—, lo que sigue permaneciendo firme es la clara negativa de FERRAJOLI a considerar que los criterios de justicia que «racionalmente» defendemos y compartimos sobre la libertad, la igualdad o la dignidad de las personas tengan una pretensión de corrección conforme a la cual tales criterios deben ser considerados y aceptados por todos como racionales (o como los más racionales), es decir, como correctos, y, si se quiere, incluso como objetivos o verdaderos, si estas palabras se usan en un sentido muy amplio, no identificable con la pretensión de objetividad de las verdades empíricas o lógicas.

Junto a la anterior y permanente reluctancia de FERRAJOLI a la pretensión de corrección, en este escrito defiende su posición con dos argumentos ya anteriormente

---

[4] Es claro que en el escrito de FERRAJOLI «cognoscitivismo» y «objetivismo» morales son conceptos convergentes, si no incluso superpuestos. Aparte de las numerosas ocasiones en que ambos términos aparecen emparejados, valga como prueba la siguiente afirmación: «una concepción objetivista de la moral remite a una concepción cognoscitivista de la misma. En pocas palabras, supone el cognoscitivismo ético» («Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», § 4, texto correspondiente a la nota 35). Es verdad que en la nota correspondiente a este texto se remite a bibliografía que identifica corrientes morales objetivistas y no cognoscitivistas, pero queda claro que esa categoría no termina de encajar en la concepción de FERRAJOLI, pues al final de la nota las caracteriza como corrientes que «parecen proponer justificaciones de los juicios morales más racionales que *estrictamente* objetivistas», donde la cursiva, que es mía, denuncia cómo el objetivismo propiamente dicho no puede ser para él más que cognoscitivista.

[5] Hasta nueva mención, esta cita y las sucesivas se encuentran en el § 4 de «Constitucionalismo principialista...», cit., en los textos anteriores a la llamada a las notas 38 y 41 (advierto que, habiendo trabajado con el manuscrito en italiano, mi traducción puede no coincidir exactamente con la aquí publicada).

utilizados, a mi modo el primero claramente equivocado y el segundo a fin de cuentas autocontradictorio.

El primer argumento aduce que los juicios de valor no pueden ser objetivos o verdaderos porque «el resultado final del cognoscitivismo ético es, de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes» [6]. Más allá de las presuposiciones metaéticas del argumento, se trata de una objeción de naturaleza ética, que alega una supuesta consecuencia indeseable del objetivismo ético. Pero creo que la objeción es claramente infundada, al menos por dos razones. La primera y más obvia es que no existe nada en la esencia de las éticas cognoscitivistas que les impida aceptar el criterio de tolerancia ante las opiniones disidentes: por citar dos nombres notorios de la historia del pensamiento, ni John LOCKE ni John Stuart MILL fueron incoherentes por defender la tolerancia religiosa o la más amplia libertad de expresión desde presupuestos éticos claramente cognoscitivistas. La segunda —dicho sea una vez más— es que si la persecución de las opiniones morales disidentes es moralmente indeseable, como yo también lo creo, el criterio que prohíbe tal persecución deberá ser considerado «en algún sentido "objetivo", etc.», es decir, lo suficientemente correcto como para que tenga la pretensión de imponerse a todos [7].

El otro argumento en favor del no cognoscitivismo de FERRAJOLI, aducido como prueba de que toda ética objetivista es no sólo éticamente sino también metaéticamente absolutista, es que ninguna ética cognoscitivista está en condiciones de refutar otras éticas objetivistas. Inmediatamente, pone el ejemplo de la ética católica, que no podría ser refutada por una ética objetivista laica, sino únicamente, según FERRAJOLI, «refutando el propio cognoscitivismo y el propio objetivismo ético, por carecer de referencias empíricas y por ser incompatibles, en el plano metaético, con una concepción laica no sólo del Derecho sino también de la moral». La razón de ello sería que «una ética objetiva es en realidad, inevitablemente, una ética heterónoma, asimilable más bien al Derecho —no es casual que la ética católica se autorrepresente como "Derecho natural"—, mientras que la autenticidad del comportamiento moral, para una ética laica, reside en su carácter espontáneo y autónomo, como fin en sí mismo» [8].

En la anterior argumentación hay dos afirmaciones sorprendentes y muy discutibles. La más llamativa es la identificación conclusiva entre objetivismo y heteronomía, que en las interpretaciones más extendidas, incluso de sus propios proponentes, viene desmentida claramente por concepciones como la utilitarista o, muy especialmente, la kantiana, que, con independencia de su solidez última, pretende basar la objetividad de la moral precisamente en la autonomía racional de todo ser humano. La otra afirmación sorprendente y discutible es que sólo el no cognoscitivismo es capaz de refutar

---

[6] «Constitucionalismo principialista...», cit., § 4, texto correspondiente a la llamada a nota 38. Para afirmaciones anteriores en esta misma línea, cfr. *Diritto e ragione*, § 2.2 y 2.4, y *Principia iuris*, § 15.2.

[7] Como FERRAJOLI ha evitado esta conclusión en varias ocasiones con la apelación a la tolerancia de las opiniones morales ajenas, quiero insistir aquí en que ese «objetivismo» mínimo o básico no tiene por qué abocar a ser intolerantes con las opiniones de quienes disienten de él, sino simplemente a no tolerar, incluso mediante sanciones penales, las conductas de quienes persigan coactivamente las opiniones morales disidentes, del mismo que nuestra pretensión de corrección a propósito de la justicia de los derechos humanos básicos nos obliga a no tolerar las conductas que los violan.

[8] Todas las citas de este párrafo en «Constitucionalismo principialista...», cit., § 4, texto anterior y posterior a la llamada a la nota 38. Cfr. también, en similar sentido, *Principia iuris*, § 15.2.

a las éticas objetivistas. Excusando el insistir en la dificultad de que nadie se sienta refutado de hecho por argumento alguno —de lo que me temo que algunas de nuestras discusiones podrían ser una ilustración—, lo único que FERRAJOLI muestra es su plena confianza en su propia posición metaética y ética, confianza indistinguible, me parece, de la que católicos y «laicos objetivistas» sienten por la suya. No seré yo quien salga de paladín de la ética o la metaética católicas, como tampoco es cuestión de abrir aquí una discusión sobre el alcance refutatorio de la carencia de referencias empíricas en los juicios morales, que me parece muy limitado salvo ante formas especialmente burdas de falacia naturalista y de muy escaso vuelo ante construcciones conceptualmente elaboradas y complejas como las de los actuales «realistas morales», cuya peculiar metaética estoy sin embargo lejos de compartir. Pero sí me parece importante subrayar que la confianza de FERRAJOLI en la capacidad refutatoria de su propia metaética laica es autocontradictoria porque muestra una pretensión de objetividad que no sólo se traslada a su ética normativa, sino que parece difícilmente distinguible de ella. Porque, en efecto, ¿la «autenticidad» del comportamiento moral y su carácter de «fin en sí mismo» no son a la vez rasgos metaéticos, mediante los que definimos conceptualmente la moral, y también éticos, mediante los que atribuimos valor moral a ciertas conductas?

En todo caso, y esto es lo que me importa más subrayar, la pretensión de objetividad de FERRAJOLI es evidente tanto en sus propuestas metaéticas como éticas y el problema es que su negación del objetivismo ético es pragmáticamente contradictoria con ella. Porque si tal antiobjetivismo fuera asumible, no sólo se desmoronaría, «por carecer de referencias empíricas», su propia crítica a un amplísimo concepto de cognoscitivismo, que dada su excesiva genericidad bien podríamos dar por perdida, sino todo su edificio conceptual, basado en una ética laica que, al defender ciertos derechos y bienes como fundamentales y la separación liberal entre Derecho y moral, él mismo ha de considerar como razonablemente aceptable y suficientemente «objetiva» (o, si se quiere, «racional»). Dando por establecida la pretensión de objetividad de ese edificio conceptual, podemos pasar ahora a analizar hasta qué punto es adecuado considerarlo, como pretende FERRAJOLI, una construcción positivista.

3. SOBRE EL POSITIVISMO COMO ENFOQUE METODOLÓGICO Y COMO IDEOLOGÍA

Si algo ha quedado claro como efecto del constitucionalismo contemporáneo es la nueva oscuridad de la vieja distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. El síntoma más llamativo de ello, del que FERRAJOLI se hace eco, es que muchos de los defensores de un constitucionalismo no positivista o antipositivista tampoco se consideran a sí mismos como iusnaturalistas. Consideraré la posición de FERRAJOLI distinguiendo por ahora entre dos sentidos de positivismo: uno, que recupera la discusión sobre el que BOBBIO denominó modo de aproximación al estudio del Derecho, o positivismo metodológico; y otro, que coincide con parte de lo que también BOBBIO consideró el positivismo jurídico como teoría, según la cual la interpretación y aplicación del Derecho debe ser eminentemente deductiva, para lo que también se propugna que el Derecho sea coherente, completo y lo más taxativo posible. Dejo para el siguiente y último apartado el comentario sobre la falta de relación necesaria entre

estos dos significados de positivismo, para centrarme en este apartado en el primero de esos significados.

Una manera clásica de caracterizar el positivismo jurídico como enfoque metodológico es remitirse a la máxima hobbesiana *authoritas non veritas facit legem*, como FERRAJOLI recuerda en el escrito aquí comentado [9]: el Derecho existe y es válido por el hecho de proceder de una fuente social que lo aprueba o lo reconoce y no porque, además, deba concordar también con criterio moral alguno. Ahora bien, esta caracterización no deja de ser ambigua, porque la desvinculación entre Derecho y moral puede entenderse bien de manera rigurosa o bien de manera débil: en la versión rigurosa, la separación se predica de todo ordenamiento jurídico, incluso de aquel que remite a criterios morales, remisión que, al igual que la remisión a una norma extranjera o a una especificación técnica, no convierte a tales reglas en normas jurídicas del sistema que las invoca; en la versión débil, la separación se predica del Derecho tomado como categoría universal y respecto del que se afirma que no tiene una conexión necesaria con la moral pero aceptando la interpretación de que, de forma contingente, mediante remisión explícita o implícita, un determinado Derecho pueda ser identificado e interpretado como necesariamente conectado con algunos criterios morales. Esta última comprensión del Derecho, denominada por sus partidarios «positivismo incluyente» (*inclusive positivism*), en contraste con el «positivismo excluyente» de la versión rigurosa, es seguramente la explicación más extendida de la naturaleza de los Estados constitucionales de Derecho, que además de incorporar a sus normas básicas criterios sustantivos de origen moral (principios democráticos, derechos básicos, etc.), han establecido mecanismos que tienden a asegurar su normatividad, como la rigidez de las constituciones y el control judicial de constitucionalidad.

La anterior distinción se puede relacionar con el tercer sentido o plano que BOBBIO distinguió en el positivismo: el positivismo como ideología, entendido como la doctrina que aprueba moralmente el Derecho existente con independencia del contenido de sus reglas y que, en consecuencia, sustenta un deber moral de obediencia al Derecho. Ahora bien, este positivismo ideológico también puede ser interpretado en un sentido fuerte y uno débil, como lo hizo el propio BOBBIO. En sentido fuerte, que es el único considerado por FERRAJOLI [10], el positivismo ideológico propone una justificación moral incondicionada de cualquier sistema jurídico, lo que constituye el perfecto reverso de la versión fuerte del positivismo metodológico. Pero para BOBBIO existía también un sentido débil o moderado del positivismo ideológico conforme al cual se propone sólo una justificación limitada al Derecho que cumple ciertos criterios morales y, en consecuencia, un deber de obediencia condicionado a ese cumplimiento, lo que viene a admitir la posibilidad de un positivismo ideológico limitado al sistema político democrático [11]. Así entendido, al contrario que el anterior, este significado es

[9] Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., notas 2 y 37.

[10] Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., nota 2, *in fine*, cuando FERRAJOLI afirma que el positivismo por él defendido «no corresponde en absoluto al tercer significado individualizado por Bobbio...».

[11] Sobre este punto, cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra, Torino, Cooperativa, Libraria Torinese, 1961, 296-298, 303-308 y 316 (en la 2.ª ed., 1979, 268-270, 273-277 y 285; así como *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, 116. Sobre el tema del positivismo ideológico, que admite una ulterior distinción con la ideología positivista (como aquella que defiende como criterios para la legislación y la interpretación jurídica los de legalidad, certe-

perfectamente compatible y convergente con el positivismo metodológico en sentido débil, esto es, con el positivismo incluyente.

¿Qué posición adopta FERRAJOLI ante la anterior divisoria entre el positivismo incluyente y el excluyente? No resulta en absoluto claro, porque para resolverlo tendrían que cuadrar las cuentas tanto del positivismo metodológico como del positivismo ideológico por él sostenidos, lo que me parece que no ocurre. La síntesis de esa oscilación la ofrece él mismo en un texto contextualmente oscuro en el que afirma que su propia concepción positivista corresponde sólo en parte con la noción bobbiana del positivismo metodológico, «con la cual tiene en común la tesis de que el jurista debe ocuparse sólo del "Derecho como es", y no del "Derecho como debe ser" moral o políticamente, pero se aleja de ella porque requiere también el estudio del "Derecho como debe ser" jurídicamente, que en los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, forma parte del "Derecho como es"» [12].

Ahora bien, el positivismo metodológico, al menos en la caracterización de BOBBIO, incluye patentemente no sólo a las concepciones jurídicas realistas, que ven al Derecho como hecho y a las normas como regularidades, sino también, y eminentemente, a las concepciones normativistas, como la de KELSEN o la de HART, para las que Derecho y sus normas incorporan una dimensión de deber ser (el «sollen» kelseniano o el punto de vista interno hartiano) de carácter jurídico y no moral. ¿Qué sentido tiene, entonces, que FERRAJOLI, que ha sido siempre un normativista, diga que acepta el positivismo metodológico sólo en parte y que precise que su positivismo requiere el estudio del «"Derecho como debe ser" jurídicamente»? El estudio del «deber ser» jurídico, con constituciones rígidas o sin ellas, ha sido siempre la tarea de los juristas, «deber ser» que el positivismo (metodológico) normativista ha propuesto independizar de la moral. ¿No será que lo que FERRAJOLI quiere decir, aunque no termine de decirlo, es que en los ordenamientos con constituciones rígidas, esto es, en el modelo constitucionalista, el «Derecho como debe ser» moralmente forma parte del «Derecho como es»? Únicamente si se interpreta así podría entenderse la afirmación de FERRAJOLI de que acepta sólo en parte el positivismo metodológico, porque el estudio del mero «deber ser jurídico» entra de lleno y no parcialmente en el positivismo metodológico.

La anterior ambigüedad, que puede poner de manifiesto la indecisión de la posición de FERRAJOLI entre el positivismo excluyente y el incluyente, resulta confirmada en distintos puntos de su escrito, que oscila entre la aceptación moral de los sistemas jurídicos constitucionalistas y la resistencia a reconocer tal conexión justificatoria entre Derecho y moral.

En efecto, por una parte, el constitucionalismo como sistema jurídico es para FERRAJOLI la culminación histórica de un proceso histórico progresivo, francamente positivo, por el que las modernas constituciones rígidas, convergiendo con una forma de democracia no meramente formal, han positivado no sólo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho, llegando a suprimir «la última forma de gobierno

---

za, claridad, etc., que, por cierto, es la ideología jurídica defendida FERRAJOLI en el último epígrafe del escrito que aquí comento), remito a A. RUIZ MIGUEL, «Positivismo ideológico e ideología positivista», en J. A. RAMOS PASCUA y M. A. RODILLA GONZÁLEZ (comps.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, 457-479.

[12] Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., nota 2.

de los hombres» y a superar el antiguo contraste entre razón y voluntad «a través de la positivación de la "ley de la razón"» [13]. Aparentemente, esta perspectiva viene a suscribir una teoría jurídica de positivismo incluyente. Según ella, es la autoridad la que obliga a que el Derecho sea conforme a la verdad o a la razón, de modo que en los sistemas constitucionales, al menos en el plano del deber jurídico y en términos generales, no cabe ya el contraste entre Derecho y moral siempre aceptado por el positivismo: en tales sistemas la máxima de JUVENAL, *stat pro ratione voluntas*, típica del positivismo, deja de tener sentido porque en ellos, como viene a aceptar el propio FERRAJOLI, la razón se impone a la voluntad [14]. Hasta aquí estamos ante una clara manifestación del positivismo ideológico limitado y condicionado del que hablaba BOBBIO.

Sin embargo, por otra parte, FERRAJOLI pone especial interés en contradecir esta posible implicación (y hasta la afirmación que la fundamenta) mediante dos tesis, en las que se mezclan significados distintos de la relación entre Derecho y moral. La primera tesis afirma que incluso las mejores constituciones no son para él más que «conquistas históricamente determinadas [...] susceptibles de ulteriores desarrollos y expansiones» [15] que, por añadidura, pueden contener «normas constitucionales (que algunos de nosotros consideramos) injustas», como el derecho a portar armas reconocido por la Constitución estadounidense o el sistema concordatario con la Iglesia católica establecido en la italiana [16]. Y la segunda tesis añade que el constitucionalismo, en todos y cada uno de los tres significados que FERRAJOLI identifica en él, se caracteriza por propugnar la separación entre Derecho y moral: en los dos primeros significados, como sistema y como teoría, porque el principio de legalidad obliga a los jueces (y así lo debe reconocer la teoría) a decidir conforme al Derecho positivo y no conforme al Derecho justo; y, en el tercer significado, como filosofía política, porque «el liberalismo político [...], en garantía de las libertades fundamentales en todo aquello que no produce daño a otros, impide la utilización del Derecho como instrumento de imposición de la (o sea de una determinada) moral» [17].

---

[13] Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., § 3, texto entre las llamadas a notas 23 y 24. Algo más adelante remacha la misma idea con estas otras palabras: «Gracias [al constitucionalismo], los principios ético-políticos mediante los que se expresaban los viejos "derechos naturales" han sido positivados, convirtiéndose en principios jurídicos vinculantes para todos los titulares de funciones normativas» (§ 3, poco antes de la llamada a nota 28).

Debe hacerse aquí la doble precisión de que esta valoración positiva de los sistemas jurídicos constitucionalistas por parte de FERRAJOLI no tiene por qué abarcar a todos los desarrollos legales, aplicaciones y eventuales corrupciones de las constituciones, así como puede ser sólo una generalización compatible con diversas plasmaciones nacionales, algunas de las cuales pueden ser insuficientes o deficientes en materia de derechos a ojos de nuestro autor, como luego habrá ocasión de advertir.

[14] Para citar el texto completo de FERRAJOLI al que remite la nota anterior: «el antiguo y recurrente contraste entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *Derecho natural* y *Derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que atraviesa toda la filosofía jurídica y política desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo e igualmente recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, ha sido así resuelto por las actuales constituciones rígidas a través de la positivación de la "ley de la razón", aunque sea históricamente determinada y contingente, bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales en ellas estipulados como límites y vínculos a la "ley de la voluntad", que en democracia es la ley del número expresada por el principio de mayoría».

[15] «Constitucionalismo principialista...», cit., § 3, texto anterior a la llamada a nota 26.

[16] Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., § 4, texto sucesivo a la llamada a nota 40.

[17] «Constitucionalismo principialista...», cit., § 3, texto anterior a la llamada a nota 27.

Aunque la primera tesis podría ser reformulada para hacerla coherente con la valoración moralmente positiva que hace FERRAJOLI del constitucionalismo [18], me parece de mayor interés detenerme en la segunda tesis, cuyas ambigüedades no permiten afirmar que nuestro autor tome un partido claro entre el positivismo excluyente y el incluyente. Esa segunda tesis tiene dos partes, una que afirma que los sistemas constitucionales (y la teoría así lo debe reconocer) imponen la separación entre Derecho y moral al establecer la obligación de juzgar conforme al Derecho positivo, y otra que afirma que la filosofía política del constitucionalismo defiende tal separación al no justificar la imposición jurídica de ninguna moral salvo en garantía de los derechos fundamentales, esto es, que los sistemas jurídicos constitucionales no deben imponer la moral. Ahora bien, estos dos cánones ético-políticos resultan muy fáciles de compartir debido a su ambigüedad, que es la razón por la que no pueden servir para decidir nada a propósito de la divisoria entre positivismo incluyente y excluyente.

Porque el primer canon, conforme al cual los jueces deben decidir conforme al Derecho positivo y no conforme a la moral, no nos dice qué hacer cuando la constitución, como es tan habitual, incorpora o remite a criterios de justicia, como igualdad, libertad, dignidad, etc., a los que se atribuye algún grado de normatividad, como mínimo para la interpretación de los casos difíciles. Y en cuanto al segundo canon, que el Derecho no deba imponer la moral salvo para garantizar los derechos fundamentales, una vez que tales derechos han sido constitucionalmente reconocidos deja pendiente la interesante discusión sobre cómo determinar qué contenido esencial debe respetar tanto el legislador en su labor de desarrollo como el intérprete ante los posibles conflictos entre distintos derechos (sobre lo que se volverá en el siguiente apartado).

En resumen, no resulta claro qué concluir sobre el alcance del positivismo jurídico de FERRAJOLI como actitud metodológica, porque las tensiones existentes en su construcción teórica —las cuentas que no cuadran— impiden decidir si la coherencia puede restablecerse por el lado del positivismo incluyente o por el del excluyente. Para lo primero, debería reconocer que la conexión entre Derecho y moral en los sistemas de democracia constitucional no afecta sólo a la fundamentación sino también a contenidos esenciales que trascienden la concreta y limitada presencia de algunas esporádicas normas constitucionales injustas. Para lo segundo tendría que renunciar a la idea de que el constitucionalismo es, por ahora y dadas las circunstancias, el cumplimiento histórico más acabado de los ideales éticos ilustrados de libertad e igualdad, que en lo esencial han sido incorporados a los sistemas jurídicos positivos, convirtiendo esa

[18] En efecto, la tesis contiene en realidad dos subtesis entrelazadas que podrían replicarse fácilmente, y con el mismo tipo de consideración. Que el actual paradigma constitucionalista no sea más que un modelo estatalista que, como propone FERRAJOLI, debería ser desarrollado y en el límite superado por un modelo cosmopolita, esto es, un ideal moral *in fieri* y por tanto incompleto y hasta insuficiente, no tiene por qué negar ni desmentir que, dadas nuestras circunstancias históricas concretas, merece adhesión moral como modelo intermedio que avanza los rasgos del ideal más exigente. De modo semejante, que en algunas constituciones se puedan encontrar concretas normas injustas es en realidad una manifestación del fenómeno perfectamente familiar según el cual incluso el sistema político más justo exige la utilización de procedimientos que, por más razonables que a su vez sean, pueden producir decisiones concretas injustas, sin que por ello se deba poner en cuestión la justicia del sistema en su conjunto. En síntesis, ni el modelo ideal que remitimos al futuro ni las injusticias morales limitadas y concretas que aparecen en las presentes constituciones tiene por qué invalidar el punto de vista de que las democracias constitucionales son una plasmación razonable de ese conjunto de criterios morales transmitidos por la tradición ilustrada y que sin duda compartimos todos cuantos participamos en un debate como éste.

moral en deber ser jurídico. El presente debate puede ser una oportunidad para pronunciarse sobre esa alternativa.

4. SOBRE LA TEORÍA POSITIVISTA DE LA INTERPRETACIÓN

Con independencia de la naturaleza del positivismo de FERRAJOLI como aproximación metodológica al Derecho, una aportación que me parece nueva en el escrito que debatimos es su claro y expreso distanciamiento del judicialismo, distanciamiento que fundamenta en una clásica teoría positivista de la interpretación jurídica. Aunque esta forma de positivismo, que puede denominarse «positivismo interpretativo», no deja de conectarse con el positivismo metodológico en el tema de los principios, una y otra doctrina responden sin embargo a preguntas distintas: el positivismo metodológico, a la cuestión de si los principios normativizados en las constituciones tienen o no conexión con la moral, y el positivismo interpretativo a la cuestión de si tales principios son estructuralmente distintos de las reglas (como aclaración terminológica, en lo que sigue utilizaré el término «norma» para referirme genérica e indistintamente tanto a los principios como a las reglas, lo que no pretende prejuzgar la cuestión de la relación entre estas dos nociones, que también asumo, con FERRAJOLI, que es una mera distinción de grado y no categórica). Esta segunda cuestión abre la discusión de distintos problemas de teoría de la interpretación, como los relativos al papel que corresponde a legisladores y jueces en el desenvolvimiento de las normas constitucionales o a las relaciones entre ponderación y subsunción. Por lo demás, como los dos anteriores sentidos del positivismo se refieren no sólo a temas distintos, sino que en lo esencial también operan en planos distintos, el metodológico en un plano eminentemente conceptual (o descriptivo en sentido amplio) y el interpretativo en uno normativo, resulta perfectamente posible ser positivista en el primer sentido pero no en el segundo y a la inversa.

Creo que lo más llamativo y hasta novedoso del escrito de FERRAJOLI reside en su rotundo distanciamiento del «principialismo» que en el plano teórico acepta una «excesiva ampliación» del papel de la ponderación en el desarrollo legislativo y en la interpretación judicial de las normas constitucionales y que, en consonancia con ello, en el plano valorativo favorece e incluso ensalza la «inventiva jurisprudencial puesta de manifiesto en la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución» [19]. Lo llamativo de esta propuesta, con cuyos motivos simpatizo francamente, reside en su intuitivo contraste con la insistente y nada nueva tesis de FERRAJOLI de que la incorporación en la constitución de los valores y derechos democráticos impone un deber ser jurídico perfectamente normativo u obligatorio, una conclusión de la que, precisamente por su positivismo antiprincipialista, un Hans KELSEN se había distanciado de forma expresa y tajante por el «papel extremadamente peligroso» que las fórmulas ideales de equidad, justicia, libertad o igualdad podrían jugar en el ámbito de la justicia constitucional [20]. Lo novedoso de la propuesta de FERRAJOLI, si se

[19] Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., § 6, en el párrafo siguiente a la llamada a nota 76; y § 5, en el párrafo correspondiente a la llamada a nota 73, respectivamente.

[20] Cfr. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1928), que cito por la trad. cast. de Juan RUIZ MANERO, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, 141-143 (la cita textual en 142). Según KELSEN, tales fórmulas ideales

me permite la ironía, está en que el reconocimiento de este riesgo le conduce a rescatar —en este caso frente a KELSEN— la vieja teoría positivista de la interpretación jurídica como subsunción. Sin embargo, me temo que al final del recuento tampoco en este punto las cuentas terminan por cuadrar.

Lo esencial es que FERRAJOLI, más allá de la propuesta de deber ser de que el constituyente y el legislador no hagan formulaciones principialistas sino reglas lo más claras y taxativas que sea posible, defiende ahora el ideal regulativo del cognoscitivismo judicial como general y suficientemente practicado y practicable no ya no sólo en el ámbito penal —que era un aspecto explícito en *Diritto e ragione*—, sino también en el constitucional. De lo contrario su ferviente defensa tanto del constitucionalismo y su razonable incorporación de los criterios de justicia propios de la cultura ilustrada como de la justicia constitucional sería una mera propuesta ideal carente de todo apoyo empírico y al fin y al cabo de sentido práctico. Porque, al menos en términos generales, el constitucionalismo vigente, al menos en países como los nuestros, no puede ser considerado por FERRAJOLI como excesivamente principialista de hecho cuando para defender el cognoscitivismo judicial recurre a la doctrina de HAMILTON de que el poder judicial «"no puede influir ni en la espada ni en la bolsa" y es por eso "sin parangón alguno el más débil de los tres poderes del Estado", dado que "nunca podrá atacar con algún éxito a ninguno de los otros dos"» [21], esto es, a una doctrina que reproduce las razones que pocos años antes habían justificado la famosa tesis de MONTESQUIEU sobre el poder de juzgar como «en cierto modo nulo» y del juez como «boca que pronuncia las palabras de la ley» que junto a la teoría del silogismo subsuntivo de BECCARIA daría curso al logicismo interpretativo característico del positivismo jurídico del siglo XIX.

Ciertamente, como lo ha hecho tradicionalmente, FERRAJOLI continúa reconociendo como inevitable un cierto margen de discrecionalidad en toda interpretación jurídica, pero siempre dentro del marco del modelo del «carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley» por parte de los jueces. Este modelo tiene en la obra de FERRAJOLI una doble faz: por una parte, de manera expresa, es un ideal regulativo que, junto a la crítica de la ilegitimidad de la discrecionalidad judicial, propugna el ideal ilustrado de la «ciencia de la legislación», que ahora reclama un lenguaje constitucional y legislativo «lo más simple, claro y preciso posible» [22]; pero por otra parte, aunque de manera más implícita, se ha de considerar un modelo no sólo realizable sino incluso ya de hecho razonablemente realizado en sus rasgos generales, de manera que en los sistemas constitucionales de referencia la discrecionalidad judi-

---

o bien son jurídicas pero superfluas si ya pueden deducirse de normas jurídicas en las que se han plasmado detalladamente, o bien, incluso aunque estén plasmados en la constitución, son meros postulados no obligatorios jurídicamente que, dada su inevitable plurivocidad, pueden ser interpretados discrecionalmente por legisladores, jueces y funcionarios, lo que no excluye el riesgo de que la justicia constitucional las tome como criterio: «en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable», por lo que «la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible» (*ibid.,* 143). Como se verá enseguida, esta última es una conclusión ahora expresamente asumida por FERRAJOLI, quien aun siendo tan «relativista» como KELSEN en materia valorativa, no acepta sin embargo el resto de la argumentación kelseniana.

[21] Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., nota 91.

[22] Para las citas anteriores, cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., § 6, texto anterior a la llamada a nota 91 y sucesivo a la de nota 94.

cial existente ha de considerarse meramente fisiológica, es decir, esporádica y marginal, y no una manifestación patológica que haya verificado los temores de KELSEN.

La presuposición de FERRAJOLI de que el sistema constitucionalista, de hecho y a grandes rasgos al menos, no adolece de una discrecionalidad patológica, que me parece necesaria para el sostenimiento de su construcción, viene avalada y reforzada en sus últimos escritos por la tesis teórico-descriptiva de que los conflictos entre los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos son mucho más limitados en cantidad y en calidad de lo que suele reconocerse. En cantidad, porque para él los diversos derechos tienen estructuras distintas que excluyen la posibilidad de que entren en conflicto entre sí (por ejemplo, dice, los derechos de libertad que consisten en inmunidades o en meras facultades son límites inderogables para los derechos de autonomía negocial). Y en calidad porque en los casos restantes, relacionados con la vaguedad ocasional de algunas previsiones normativas sobre los límites de los derechos, según él la ponderación no afecta en realidad a los principios sino a las circunstancias de hecho que pueden justificar o no su aplicación, lo que, concluye, no es esencialmente diferente a la labor de interpretación y ulterior subsunción de las reglas.

Las dos anteriores afirmaciones me parecen profundamente problemáticas y no es necesario un largo comentario para concluir que están lejos de poder explicar y justificar el diagnóstico de FERRAJOLI sobre el carácter meramente fisiológico de la discrecionalidad abierta por las normas constitucionales. Ante todo, la tesis de que los derechos constitucionales no son conflictivos entre sí salvo marginalmente, es una propuesta normativa, hecha como tal desde un determinado punto de vista teórico o dogmático-jurídico —y, por cierto, siempre bajo la inevitable y nada «extraña» pretensión implícita de que sólo hay una respuesta o solución correcta[23]—, pero en absoluto una afirmación que pueda describir adecuadamente la práctica de nuestros sistemas constitucionales. Salvo en la teoría propuesta por FERRAJOLI (o en la de cualquier otra teoría que diseñe un esquema de soluciones unívoco y coherente, aunque sea de signo ideológico distinto), los enunciados constitucionales, y en mayor medida cuando establecen derechos, tienden de hecho a entrar en conflicto entre sí por la sencilla razón de que siempre pueden ser interpretados a la luz de valores o principios con distinto alcance, y ello es así tanto si esos valores o principios están reconocidos expresamente en la constitución de que se trate, lo que es bastante usual, como si se le pueden atribuir como criterios implícitos, lo que viene alentado por la cultura del constitucionalismo. Esa es la razón de la dominante extensión y expansión de la ponderación, que no es otra cosa que esa forma particular de interpretación por la que, cuando el intérprete considera que existen varios principios en tensión que gravitan sobre el caso, se sopesa la mayor relevancia de alguno de ellos.

Tampoco la segunda tesis de FERRAJOLI es en absoluto convincente. En efecto, su afirmación de que en la mayoría de los casos difíciles la ponderación se refiere a las circunstancias de hecho y no a los principios, de modo que se trataría de casos ordinarios de interpretación meramente aplicativa, parece que viene a proponer una

[23] Que es siempre la propia del punto de vista interno, es decir, la de quien propone la respuesta o solución y no, como FERRAJOLI reprocha indebidamente a DWORKIN, «la más constatada y difundida en la práctica jurisprudencial» (cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., § 4, en el párrafo anterior a la llamada a nota 41).

doble distinción que en realidad no distingue nada: la doble distinción interrelacionada entre, de un lado, principios (que se ponderan) y circunstancias de hecho (que se interpretan y subsumen) y, de otro lado, entre ponderación (en sentido fuerte) e interpretación subsuntiva. Si, como yo lo pienso, las circunstancias de hecho, sean más o menos amplias y más o menos explícitas, no son más que la condición de aplicación de la norma aplicable, la interpretación sobre si un caso está cubierto por una norma comportará ponderación en sentido fuerte en la medida en que el intérprete considere que existen principios relevantes que apuntan a distintas soluciones. Por lo demás, la relación entre ponderación y subsunción no es de distinción alternativa, tipo *aut aut*, sino que se trata de categorías no necesariamente incompatibles en la medida en que la subsunción no es más que la operación que concluye y permite presentar como lógico el más o menos complejo proceso de interpretación y, en su caso, ponderación, previamente realizado por el aplicador.

Para ir concluyendo: frente a una cultura interpretativa como la del constitucionalismo, de la que, para bien y para mal, participa el criterio de FERRAJOLI de la aplicabilidad normativa de los enunciados de principios y derechos contenidos en las constituciones, me parece francamente insuficiente apelar desiderativamente al «desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, así como también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible»[24].

Compartiendo la desconfianza de Luigi FERRAJOLI hacia la creatividad judicial y su visión de los principios no como criterios esencialmente distintos de las reglas sino como normas más generales y abstractas, no comparto sin embargo su ilustrada y decimonónica confianza en el legalismo. La solución a los excesos interpretativos del principialismo, si es que existe tal solución y en la limitada medida en que pueda existir, no está tanto en elaborar normas constitucionales más detalladas y prolijas como en dar peso a criterios como el de la integridad, en propiciar un mayor respeto a los precedentes del que existe en la cultura jurídica continental y, en fin, en exigir de los jueces y juristas argumentaciones rigurosas, ricas y profundas sobre los asuntos en juego. En lo esencial, reconocer el valor normativo de las constituciones, con sus principios, reglas y derechos bajo la protección del control judicial, y pretender mantener a la vez una doctrina subsuntiva de la interpretación es como buscar la cuadratura del círculo. Y aunque en nuestro caso el imposible no sea matemático sino sólo jurídico, también aquí la cuenta sigue sin cuadrar.

[24] «Constitucionalismo principialista...», cit., § 6, texto sucesivo a la llamada a nota 94.

GARANTISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO FRENTE A FRENTE: ALGUNAS CLAVES PARA SU DISTINCIÓN*

Pedro Salazar Ugarte

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

RESUMEN. En este ensayo se sostiene la pertinencia teórica de distinguir entre el neoconstitucionalismo y el garantismo. Ambas aproximaciones teóricas estudian el mismo modelo de organización político/jurídica: el constitucionalismo democrático. Esto ha provocado que diversos estudiosos europeos y latinoamericanos confundan las dos aproximaciones y utilicen ambas categorías de manera indistinta. Sin embargo, en el texto se sostiene que el garantismo es una teoría que debe adscribirse al positivismo jurídico mientras el neoconstitucionalismo (que, en realidad, es una categoría que conjuga diferentes teorías) tiene una tendencia iusnaturalista. Esta diferencia fundamental tiene implicaciones teóricas relevantes y también consecuencias prácticas sobre todo en el ámbito de la justicia constitucional.

Palabras clave: FERRAJOLI, neoconstitucionalismo, galantismo, justicia constitucional.

ABSTRACT. The essay advances the theoretical relevance of distinguishing between two legal approaches: Neo-constitutionalism and Garantismo. Both theories are interested in the same model of political and legal organization, that is, democratic constitutionalism. This has produced confusions among European and Latin American scholars, who tend to use both categories indistinctively. However, the author argues that whereas garantismo is an expression of legal positivism, neo-constitutionalism not. This basic difference has many theoretical consequences and some practical implications in the realm of judicial interpretation of constitutional norms.

Keywords: FERRAJOLI, neo-constitutionalism, garantismo, judicial interpretation of constitutional norms.

---

* Fecha de recepción: 11 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2011.

Una primera versión de este trabajo será publicado por la editorial Trotta en un libro coordinado por R. VÁZQUEZ sobre las tendencias de la discusión iusfilosófica en México. Agradezco a M. ATIENZA la invitación para reproducirlo también en este espacio y, sobre todo, por la posibilidad de incorporar en el trabajo algunas referencias —si bien marginales pero ilustrativas— al reciente texto de L. FERRAJOLI sobre «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», que llegó a mis manos —porque, según entiendo, es posterior— cuando mi texto ya había sido entregado a la editorial. La versión original de mi trabajo es de septiembre de 2010 y escribo la presente nota en abril de 2011.

> «Sé muy bien que es difícil despojarse de nuestras preferencias; pero precisamente en ello reside la nobleza del científico. La neutralidad axiológica es la virtud del científico, como la imparcialidad es la virtud del juez: a nadie se le ocurría sugerirle a un juez que, dado que es muy difícil ser imparcial, lo mismo da que no lo sea».
>
> N. BOBBIO [1]

En este ensayo propongo una reconstrucción esquemática de dos de las aproximaciones teóricas más acreditadas en el ámbito italo-iberoamericano al Derecho constitucional contemporáneo: el garantismo y el neoconstitucionalismo. Ello con la finalidad de evidenciar sus semejanzas, pero sobre todo sus distinciones. El objetivo resulta relevante, cuando menos, por las siguientes razones: *a)* ambas aproximaciones dan cuenta de la existencia y operación del modelo democrático constitucional vigente en la mayoría de los Estados occidentales; *b)* al menos en el ámbito europeo continental (en particular en el contexto italiano y español) y latinoamericano, el garantismo y el neoconstitucionalismo se han convertido en el centro del debate sobre la teoría constitucional y de teoría de la constitución; *c)* al grado que muchos estudiosos confunden ambas aproximaciones llamando «garantistas» tesis propias del neoconstitucionalismo y viceversa, y *d)* sin embargo, más allá de las semejanzas, las diferencias entre ambas conceptualizaciones son teóricamente relevantes y tienen consecuencias significativas, sobre todo en el ámbito de la justicia constitucional, cuando se trata de interpretar y aplicar las normas de principio que recogen a los derechos fundamentales de las personas y los principios que ofrecen sustento al constitucionalismo democrático.

1.

Desde el punto de vista histórico y positivo es un hecho que los modelos constitucionales de posguerra contienen rasgos distintivos que dieron origen a un nuevo paradigma jurídico. Aunque no puede hablarse de una ruptura con los ordenamientos liberales precedentes, sí es posible sostener que entre unos y otros existen diferencias sustantivas. FERRAJOLI ha insistido sobre este punto en diversas ocasiones llamando nuestra atención sobre el surgimiento de una «ola de constitucionalismo democrático» en Occidente [2]. En términos generales los elementos de este modelo constitucional y democrático (surgido y madurado en los países de Europa occidental pero, posteriormente, adoptado en América Latina [3] y, después de la caída del muro de Berlín, en Europa del Este) son los siguientes: *a)* la vigencia de constituciones escritas, consideradas como normas supremas y caracterizadas por su rigidez; *b)* un amplio catálogo de derechos fundamentales (las más de las veces contenidos a través de formulaciones

---

[1] N. BOBBIO, *Teoria Generale della Politica,* Torino, Einaudi, 1999, 14.

[2] Sobre la distinción entre diferentes paradigmas jurídicos, cfr. L. FERRAJOLI, «Pasado y futuro del Estado de Derecho», en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, 13-29; L. FERRAJOLI, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.

[3] No ignoro el surgimiento, en los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI, de lo que se ha conocido como «nuevo constitucionalismo latinoamericano», que, con una fuerte inspiración rousseauiana, ha emergido en países como Venezuela, Ecuador y Bolivia.

de principios susceptibles de ser interpretados); *c)* principio de separación de poderes; *d)* mecanismos de control y garantía constitucionales en manos de tribunales especializados (Cortes o Tribunales constitucionales), y *e)* constitucionalización de las instituciones y reglas propias de la forma de gobierno democrática de gobierno (voto igual y libre, partidos políticos, regla de mayoría, protección de los derechos de las minorías políticas, etc.).

Esta articulación constitucional —llamada «constitucionalismo de posguerra» o, para ampliar el horizonte y abrazar realidades que están más allá del contexto europeo, simplemente, «modelo democrático constitucional»— ha ocupado la atención de los estudiosos del Derecho constitucional contemporáneos. Podemos sostener, de hecho, que el objeto de estudio de los teóricos del Derecho constitucional contemporáneo es, en lo fundamental, el mismo. Y ello vale también, con algunos matices que no impiden mantener firme la premisa, para el constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, aunque las instituciones y sus reglas de operación sean básicamente las mismas, existen diferentes aproximaciones teóricas para explicar y prescribir su funcionamiento. Podemos decir que las teorías constitucionales estudian un objeto común pero lo hacen de manera distinta.

El garantismo y el neoconstitucionalismo son dos de estas aproximaciones que, con un enfoque ideológico y una política constitucional similares, se ocupan del modelo democrático constitucional. Ambas aproximaciones, sin duda, comparten algunas premisas importantes pero, como intentaré demostrar, no deben confundirse [4]. Mostrar en qué consisten sus diferencias es importante porque existe una tendencia, cada vez más generalizada entre los estudiosos del Derecho, a difuminarlas al grado de utilizar los términos garantismo y neoconstitucionalismo como si fueran sinónimos. Evidenciar este equívoco no sólo tiene relevancia teórica sino que también conlleva una finalidad práctica en el ámbito de la justicia constitucional como intentaré mostrar al final de este trabajo. En concreto, al menos en el ámbito latinoamericano (y en el mexicano en particular), puede ser útil para evitar que los jueces usen retóricamente alguna de estas aproximaciones teóricas (en particular el garantismo) para arropar decisiones que, en todo caso, responden a enfoques neoconstitucionales [5]. Y ello, como veremos, es trascendente si consideramos que estos últimos son más obsequiosos con la discrecionalidad judicial.

2.

Podemos decir que el salto desde el Estado legalista decimonónico hasta el Estado constitucional contemporáneo es constatado y celebrado tanto por los garantistas como por los neoconstitucionalistas. Desde ambos miradores se observa con beneplácito que el legislador haya dejado de ser la fuente principal (y casi única) del Derecho

[4] Es importante recordar que la versión original de este trabajo fue elaborada antes de conocer el texto sobre «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista» de L. FERRAJOLI, en la que este autor sostiene y explora esta distinción.

[5] Para una crítica en este sentido orientada a valorar algunas decisiones del Tribunal Electoral y de la Suprema Corte mexicanos, cfr. P. SALAZAR, J. AGUILÓ y M. A. PRESNO, *Garantismo espurio*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

y que la ley haya quedado subordinada —formal y materialmente— a la Constitución. Con ello, como ambos enfoques teóricos subrayan, la validez de las normas secundarias quedó sujeta a la verificación del cumplimiento de criterios formales y también (quizá sobre todo) materiales o sustantivos. Lo cual coloca a los estudiosos y aplicadores del Derecho en una situación sin precedentes porque los documentos constitucionales que nos ocupan incorporan, como parámetro de validez material o sustantiva de las decisiones secundarias, «principios de justicia» abstractos e indeterminados referidos, sobre todo, a los derechos fundamentales de las personas. Estos derechos, de esta manera, se colocan en una situación de jerarquía superior al resto de las normas y decisiones jurídicas. En ello, me parece, están de acuerdo autores como L. FERRAJOLI y R. DWORKIN, que pueden considerarse los precursores de ambas aproximaciones teóricas.

Estos autores estudian (pero también celebran la vigencia del) el modelo democrático constitucional, reconocen y analizan los problemas que implica la vigencia efectiva del principio de separación de poderes, promueven la agenda de los derechos fundamentales y defienden su no-regresividad. Todo ello, ambos coincidirían, debe verificarse en el contexto de un sistema democrático de gobierno. Sin embargo, a pesar de esto último, tanto FERRAJOLI como DWORKIN, piensan que el legislador democrático es un poder de producción normativa que debe estar sometido a la constitución por partida doble (por vínculos de forma y límites de sustancia) y que, a pesar de ostentar la representación democrática, puede y debe ser derrotado por las decisiones de los jueces constitucionales [6]. En este sentido, ante las tensiones que cruzan al constitucionalismo democrático y que algunos autores han identificado como la «dificultad contramayoritaria», ambos estudiosos inclinarían el péndulo hacia la constitución [7].

3.

Si buscamos las raíces de ambas aproximaciones en la historia del pensamiento político encontraremos múltiples resortes compartidos. El contractualismo, con su poderosa metáfora del contrato social y, en particular, su derivación liberal —desde LOCKE hasta BOBBIO— constituye un presupuesto común tanto del garantismo como del neoconstitucionalismo. Ello no debe sorprendernos porque el constitucionalismo moderno representa en cierta medida la materialización político/práctica del proyecto liberal. Por lo mismo no es errado sostener que el pensamiento de autores como J. LOCKE, en el plano de las ideas, y mecanismos como la división o separación de los poderes, en el nivel de las instituciones, constituyen presupuestos compartidos y defendidos por los representantes del garantismo y del neoconstitucionalismo. Ambas aproximaciones se construyen desde los pilares del constitucionalismo liberal clásico.

---

[6] Es importante notar que en su texto reciente sobre «constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», L. FERRAJOLI traza una distinción relevante entre su concepción del papel que debe corresponder a los jueces constitucionales en una democracia constitucional (un rol tendencialmente cognitivo de la jurisdicción) frente al papel que les asigna R. DWORKIN (orientado hacia la discresionalidad y el activismo judiciales).

[7] Sobre la dificultad mayoritaria la referencia obligada es A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962. Sobre las tensiones entre el constitucionalismo y la democracia, cfr., entre otros, P. SALAZAR, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica,* México, FCE, IIJ-UNAM, 2006.

La idea elemental compartida es que el poder político debe limitarse a través de instituciones y mecanismos jurídicos para ofrecer garantías a las libertades y derechos básicos de las personas. La «teoría del poder» que descansa detrás de ambas aproximaciones es la misma y apuesta por el sometimiento del poder político a los rigores del Derecho. Se trata de una tesis que, sobre todo los garantistas, hacen extensiva a los poderes privados. El «aire de familia» también se manifiesta en la vocación bienestarista —entiéndase orientada hacia alguna modalidad de *welfare state*— de ambas aproximaciones teóricas y que se expresa en la concepción de la igualdad que presuponen y promueven y que se evidencia en la constitucionalización y garantía de ciertos derechos sociales. Y lo mismo vale, como ya hemos visto, para la agenda de instituciones y derechos que hacen a la democracia posible. En este sentido resulta atinado advertir que el pensamiento de N. BOBBIO puede considerase como telón de fondo de estas concepciones jurídicas [8]. Ello a pesar de que, como se verá a continuación, solamente el garantismo desarrolle como parte de su modelo conceptual una teoría política propiamente hablando.

4.

No obstante lo anterior, desde su origen, ambas aproximaciones también presentan algunas diferencias. La más elemental es que el garantismo es, en primera instancia, una teoría que surge en el ámbito del Derecho penal y que, sólo después, en respuesta a las transformaciones de los modelos constitucionales, da el salto al ámbito más amplio del Derecho y la justicia constitucionales [9]. El neoconstitucionalismo, en cambio, es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa [10] —con la finalidad de ofrecer una dominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica—. Y, precisamente por ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester reparar en las diferencias que cruzan a las obras de los autores que, no sin cierta arbitrariedad, reunimos bajo esa categoría: desde DWORKIN hasta ZAGREBELSKY, pasando por NINO y ALEXY, hasta algunas voces en América Latina como M. CARBONELL o C. BERNAL PULIDO.

El garantismo, entonces, surge como una propuesta teórica específica y con rasgos característicos propios; el neoconstitucionalismo, en cambio, es una noción creada por los miembros de una escuela del pensamiento para dar nombre y agrupar la obra de un conjunto de teóricos con los que, dicho sea de paso, los genoveses sostienen fuertes diferencias. De esta manera, probablemente, autores como DWORKIN o R. ALEXY no sepan que sus teorías se consideran neoconstitucionalistas en el ámbito de la doctrina constitucional italo/española/latinoamericana, como tampoco lo supo C. NINO, que

[8] Esto no supone que todos los garantistas y neoconstitucionalistas conozcan la obra de BOBBIO, pero sí que, en sus concepciones y aspiraciones de fondo, comparten el aliento intelectual y el sentido político que inspiró la obra de este teórico de la política y del Derecho.

[9] Sobre este tema, cfr., entre otros, P. A. IBÁÑEZ, «Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, IIJ-UNAM, 2005, 60-61.

[10] Ésta es una tesis sostenida por P. COMANDUCCI.

falleció antes de que el término se acuñara [11]; mientras que un garantista como FERRAJOLI o como P. ANDRÉS IBÁÑEZ sabe que lo es porque ha decidido serlo. Este hecho no le resta pertinencia al uso del membrete «neoconstitucionalismo», pero nos exige utilizarlo con mesura (salvo en aquellos casos en los que algún estudioso, voluntariamente, decida identificarlo con su teoría).

En esta misma dimensión podemos delinear otra diferencia sutil pero importante. El garantismo es una teoría jurídica pero también tiene aparejada una teoría política (en concreto una teoría de la democracia), bien articulada y desarrollada. Y aunque la primera surgió primero —podemos decir que su nacimiento coincide con la publicación de la obra de L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Una teoría del garantismo penal* en 1989—, en realidad, entre ambas existe una simbiosis profunda. Dicha asociación se anuncia desde las páginas de aquella obra y, en un cierto sentido, se confirma en el conjunto de tesis que dan forma a la obra mayor del mismo autor: *Principia Iuris. Una teoria del Diritto e della Democrazia* [12]. Sin dicha dimensión política la teoría garantista pierde su horizonte de sentido y su encuadre conceptual. Esto es así porque, abiertamente, es una teoría que observa al Derecho desde el balcón del poder y que ofrece una articulación compleja entre ambas dimensiones. Es, por decirlo de alguna manera, una teoría positivista y materialista al mismo tiempo que, no obstante ello, tiene una vocación utópica.

Por su parte, el neoconstitucionalismo, al no ser una teoría sino una categoría que sirve para conjugar el pensamiento de diversos teóricos del Derecho, se limita a reunir un conjunto de aproximaciones centradas en el fenómeno jurídico. Todas las teorías del Derecho que llamamos neoconstitucionalistas tienen rasgos comunes y uno de ellos es que se ubican dentro del paradigma democrático pero no ofrecen una teoría política propia relevante. En todo caso, si nos atenemos al compromiso que comparten por la promoción de una agenda robusta de derechos fundamentales, tienen en común una idea más o menos común de lo que sería una sociedad justa pero no despliegan, propiamente, una teoría del poder. Podemos decir, en síntesis, siguiendo de nueva cuenta a BOBBIO, que el garantismo se desliza por las dos caras de la moneda que acuña al Poder y al Derecho, mientras que el neoconstitucionalismo se ubica solamente en esta segunda dimensión [13].

5.

Hasta ahora he mostrado más semejanzas que diferencias entre el garantismo y el neoconstitucionalismo. Esto nos ayuda a entender porqué algunos teóricos no reparan

---

[11] Sobre la obra y el pensamiento de C. SANTIAGO NINO, cfr. C. ROSENKRANTZ y R. VIGO, *Razonamiento jurídico, ciencia del Derecho y democracia en Carlos S. Nino,* México, Fontamara, 2008.

[12] La versión original en italiano de la obra fue editada en 2007 por la editorial Laterza y la versión en castellano será publicada por la editorial Trotta. Para M. BARBERIS, «El talón de Aquiles del neoconstitucionalsmo de NINO reside sobre todo en la tendente reducción del punto de vista normativo al punto de vista moral; en esto consiste, en otros términos, el imperialismo de la moral...». M. BARBERIS, «Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral», en M. CARBONELL y P. SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, op. cit.,* 270.

[13] Esta diferencia adquirirá pleno significado más adelante cuando analicemos con detenimiento las diferencias metodológicas entre ambas aproximaciones.

en las distinciones y agrupan ambas aproximaciones bajo la denominación única y común de «neoconstitucionalistas» o, en su defecto, de «garantistas». Así lo han hecho, no sin ciertos matices, por ejemplo, P. COMANDUCCI y S. POZZOLO o, al editar un libro que de inmediato se volvió una referencia en el tema, M. CARBONELL. En particular, la obra de FERRAJOLI, para estos autores, queda catalogada dentro del conjunto neoconstitucionalista y, con ello, parecería que el garantismo pierde sus rasgos distintivos de identidad. La siguiente cita de CARBONELL resulta emblemática:

> «Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales R. DWORKIN, R. ALEXY, G. ZAGREBELSKY, C. NINO, L. PRIETO SANCHÍS o el mismo FERRAJOLI han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas» [14].

Aunque es cierta la influencia del pensamiento de estos autores en la creación y evolución del Derecho constitucional contemporáneo (con lo que, de hecho, se confirma una tesis ferrajoliana centrada en el cambio de la función que tiene el jurista en el contexto del paradigma constitucional), desde mi perspectiva, existe una fuerte diferencia de fondo entre el garantismo y las teorías neoconstitucionalistas que suele pasarse por alto. La obra de FERRAJOLI —al menos no hasta la publicación de su reciente texto sobre «constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista»— no facilita la identificación de esta distinción porque este autor, en muchos de sus escritos, sostiene tesis que bien podrían ser catalogadas como neoconstitucionalistas [15]. Precisamente por ello me parece relevante proponer una distinción entre la compleja y prolija obra de este autor y la teoría garantista que él mismo impulsó pero de la que en ocasiones se aparta. Esta disección entre el ferrajolismo y el garantismo no impide que a lo largo de este trabajo recurra a algunos pasajes de la obra de FERRAJOLI para mostrar tesis propias del garantismo, pero sí implica que esas referencias sólo valen por el sustento que ofrecen a la argumentación central de este ensayo y no porque supongan una identidad entre el pensamiento del autor y la teoría de la que es precursor.

El punto de quiebra entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, desde mi punto de vista, reside en la adopción firme del positivismo metodológico que promueve el primero frente a las tesis de los autores neoconstitucionalistas que aceptan la inclusión de algunos elementos de Derecho natural en el Derecho positivo. A diferencia del garantismo, el neoconstitucionalismo abandona la tesis central del positivismo que, con palabras de C. NINO, consiste en «que el Derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo» [16].

---

[14] M. CARBONELL, «El neoconstitucionalismo en su laberinto», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, 2007, 11.

[15] En este artículo no puedo detenerme a ofrecer pruebas de esta tendencia de algunas tesis ferrajolianas hacia el neoconstitucionalismo, pero, contrario a lo que él mismo sostiene en su texto sobre «constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», me parece que dicha vinculación se materializa sobre todo cuando construye su teoría de la «democracia sustancial o sustantiva». Sobre este argumento se regresará más adelante en el cuerpo del texto.

[16] C. NINO, «Sobre los derechos morales», en *Doxa,* 1990, citado por GARZÓN VALDÉS en «Derecho y Moral», 48. Esta tesis es plenamente identificada por FERRAJOLI en su texto sobre «constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista»: «...en el plano teórico, la expresión "neo-constitucionalismo" se

El neoconstitucionalismo puede aceptar, siguiendo al positivismo jurídico, que el Derecho sea un hecho social pero no que éste pueda albergar cualquier contenido. Al menos no en el plano del discurso justificatorio en el que «los derechos humanos pueden entrar [...] sólo cuando son concebidos como derechos morales, es decir, como derechos no derivados de hechos sino de principios morales ideales» [17]. Ambas premisas permiten distinguir el plano de la identificación del Derecho del que corresponde a la justificación del mismo pero, en este último ámbito, suponen que sólo los ordenamientos que tienen ciertas características y albergan un determinado contenido pueden entrar en el molde del constitucionalismo [18]. Para autores como DWORKIN, NINO, ZAGREBELSKY y ALEXY, por ejemplo, ciertas normas jurídicas no sólo son hechos sino también son valores (caso típico de los principios constitucionales) y, con ello, se alejan irremediablemente del núcleo duro del iuspositivismo. Esto es así porque dichos valores suponen, en mayor o menor medida, la incorporación de la moral al Derecho. Ciertamente, entre los autores que consideramos neoconstitucionalistas, existen diversas posturas ante este tema: no es lo mismo, por ejemplo, la pretensión de validez del Derecho que explica la vinculación entre la moral y el Derecho en la obra de E. GARZÓN VALDÉS o la postura frente al tema desde el liberalismo igualitario de R. VÁZQUEZ que el iusnaturalismo abierto de G. ZAGREBELSKY o la confusión entre Derecho y justicia que suponen algunas tesis de R. ALEXY. Pero, en todos los casos y éste es el punto a considerar, estos autores se colocan del lado de la frontera de quienes sostienen que entre la moral y el Derecho (para que éste se justifique) existe un vínculo, aunque sea mínimo, ineludible.

El garantismo, en cambio, para decirlo con M. GASCÓN:

> «...es ante todo una tesis metodológica de aproximación al Derecho que mantiene la separación entre ser y deber ser, entre efectividad y normatividad, y que rige en los diversos planos de análisis jurídico: el meta-jurídico del enjuiciamiento externo o moral del Derecho, el jurídico del enjuiciamiento interno del Derecho y el sociológico de la relación entre Derecho y práctica social efectiva.
>
> Proyectada en el enjuiciamiento *externo* o ético-político del Derecho, la tesis metodología del garantismo consiste en la absoluta separación entre Derecho y moral, entre validez y justicia, en definitiva entre el "ser" y el "deber ser" del Derecho» [19].

En efecto, en el plano de la teoría jurídica, para el garantismo, a la vez que es necesario abandonar el positivismo ideológico, desde el punto de vista metodológico, debe mantenerse firme la tesis de la separación entre moral y Derecho que permite ubicar esta teoría dentro del ámbito del iuspositivismo, en su caso, crítico.

---

identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista de constitucionalismo, no capta sus rasgos esenciales y que lo distinguen de su concepción iuspositivista, la cual resulta, de hecho, ignorada» (5 del manuscrito).

[17] C. NINO, *The Ethics of Human Rights,* Oxford, Clarendon Press, 1991, 38.

[18] En esta misma dirección se desprende la atinada y severa crítica de FERRAJOLI al neoconstitucionalismo por incurrir en una suerte de objetivismo y cognotivismo moral similar al que adquiere su expresión más acabada en la moral católica. Cfr. L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», 25 del manuscrito.

[19] M. GASCÓN, «La teoría general del garantismo», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.,* 22-23.

6.

Para reforzar el argumento resulta útil identificar algunas de las tesis centrales que, según los creadores del concepto, caracterizan al pensamiento neoconstitucionalista [20]. Para S. POZZOLO, por ejemplo, el neoconstitucionalismo se caracteriza precisamente por ser, a la vez, constitucionalista y antipositivista [21]. Para defender la constitucionalización de los derechos fundamentales (de un *Bill of Rights*), el neoconstitucionalismo, nos explica POZZOLO, abandona la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral. Y, en paralelo, propone un modelo axiológico-normativo para el desarrollo del Derecho real: «Una proyección evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del Derecho constitucional positivo» [22].

Aunque, en el plano ideológico esta última idea pueda ser compartida por el garantismo, para el neoconstitucionalismo, el método positivista resulta corto para dar cuenta del funcionamiento de los nuevos ordenamientos de posguerra. Esto, sobre todo, porque «la noción descriptiva del Derecho positivo se revelaría inadecuada, dado que mostraría un sistema carente de [...] contenidos morales que, sin embargo, no daría cuenta del Derecho del Estado constitucional» [23]. El nuevo modelo constitucional, desde esta perspectiva, supone un vínculo entre Derecho y moral que escapa al método iuspositivista. Lo cual, dicho sea de paso, implicaría la instrumentación de nuevas técnicas de interpretación —ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, máxima de los efectos normativos de los derechos fundamentales, proyección horizontal de los derechos, principio *pro personae,* etc.— y mayores márgenes de actuación para los jueces constitucionales. Con ello, el paradigma en el que operaba el iuspositivismo habría quedado superado.

Un dato interesante es que, si nos atenemos a la lógica que subyace a estas trasformaciones, por decirlo de alguna manera, la victoria del neoconstitucionalismo sobre el positivismo no sería el resultado de una batalla teórica sino la consecuencia natural del cambio en el diseño y estructura de los ordenamientos jurídicos constitucionales. Y ello supondría algo más que el desplazamiento de una teoría (el neoconstitucionalismo) por otra (el positivismo) porque, si se concede el punto, en realidad, sería el propio modelo democrático constitucional el que tendría una impronta anti-positivista. Lo cual, para decirlo con FERRAJOLI, dejaría sin sentido al constitucionalismo garantista que se funda, tanto en el plano asertivo o teórico, como en el plano prescriptivo o axiológico, en la separación entre Derecho y moral. De dicha separación, en el plano asertivo, depende el principio de legalidad, y, en el plano axiológico, constituye un corolario del liberalismo político. Así las cosas, contrario a lo que supone la interpreta-

---

[20] Aunque ya lo he advertido, vale la pena reiterarlo: son muchas las dificultades y simplificaciones que conlleva hablar del neoconstitucionalismo como si se tratara de una teoría uniforme cuando en realidad existen diversas teorías que, por algunas características comunes, adscribimos al neoconstitucionalismo.

[21] S. POZZOLO, «Un constitucionalismo ambiguo», en M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006, 187-210.

[22] *Ibid.,* 188. Esta última pretensión también se encuentra presente en el pensamiento de FERRAJOLI, pero, según argumentaré más adelante, en su caso se trata de una pretensión política y no de una derivación teórica de su modelo constitucional. En su caso entonces, la proyección sería evolutiva y expansiva (e, incluso, deseable), pero no necesaria.

[23] *Ibid.,* 191.

ción neoconstitucionalista, el constitucionalismo democrático sólo es posible cuando se materializa la separación entre el Derecho y la moral, porque la misma constituye un presupuesto de la limitación tanto al poder de los jueces como al poder del legislador [24].

7.

S. POZZOLO enfrenta esta cuestión echando mano de la conocida distinción bobbiana entre tres tipos de positivismo: como ideología, como teoría y como método [25]. Su conclusión es que, si bien el constitucionalismo es «total y evidentemente» incompatible con el positivismo ideológico y tampoco es compatible con el iuspositivismo teórico (precisamente si nos atenemos a las transformaciones en la estructura del ordenamiento jurídico), en cambio, no necesariamente es incompatible con el método positivista. Y aquí, a punto desde ahora, se instala la cuña que lo distingue del garantismo.

Para los neoconstitucionalistas es necesario abandonar también el método positivista porque la vinculación entre Derecho y moral —implicada por la incorporación de principios en las constituciones democráticas— es un hecho incontestable que lógicamente implica un cambio en el método para estudiar los sistemas jurídicos contemporáneos. Esta tesis está en el punto de partida de la obra de DWORKIN, toca las premisas del liberalismo igualitario defendido por autores como E. GARZÓN VALDÉS, M. ATIENZA y R. VÁZQUEZ y adquiere su expresión más emblemática y extrema en el pensamiento de G. ZAGREBELSKY. Desde esta perspectiva el neoconstitucionalismo es compatible con ciertas versiones del iusnaturalismo [26] o, en todo caso, con aquellas concepciones del Derecho que sostienen que la vinculación entre la moral y los ordenamientos jurídicos, para que éstos gocen de legitimidad, es una relación necesaria. De hecho, ya sea por razones lógicas o ideológicas, a diferencia de lo que afirma como premisa fundacional el garantismo, los neoconstitucionalistas defienden que es posible identificar un conjunto de principios prácticos (ya sea porque son autoevidentes o porque se construyen intersubjetivamente) [27] que prescriben lo que debe ser. Y, aunque se trate —como sostienen las versiones más flexibles del modelo— de una pluralidad de principios prácticos que coinciden con la pluralidad de inclinaciones naturales de los individuos y que no pueden jerarquizarse (porque son inconmensurables), en todos los casos, se colocan fuera de los límites impuestos por la teoría positivista.

---

[24] Agrego estas últimas reflexiones después de la lectura del texto de FERRAJOLI sobre «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista». Cfr., en particular, 16-19 del manuscrito.

[25] P. COMANDUCCI utiliza la misma clasificación para distinguir entre tres neoconstitucionalismos: ideológico, teórico y metodológico. Cfr. P. COMANDUCCI, «Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico», en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.,* 75-98.

[26] Sobre con un iusnaturalismo de tipo deontológico porque sostiene la existencia de un nexo entre moral y Derecho pero no llega a esgrimir que la validez de la ley dependa de la justicia ni que ésta se deduzca de la naturaleza humana.

[27] En este sentido, R. VÁZQUEZ (observando el problema desde la bioética) sostiene que: «...los principios normativos de autonomía, beneficencia, no maleficencia e igualdad, no se construyen arbitrariamente, ni se proponen dogmáticamente, sino que se levantan sobre la aceptación de un dato cierto: el reconocimiento y la exigencia de satisfacción de las necesidades básicas», cfr. R. VÁZQUEZ, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Trotta, 2006, 66.

La puerta hacia este derrotero puede encontrarse en la obra de H. L. A. HART ,quien, al sostener la tesis del «contenido mínimo de Derecho natural», que se deduce de ciertas verdades humanas (vulnerabilidad, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados y comprensión, inteligencia y fuerza de voluntad limitada), termina adscribiendo su teoría a lo que llama «positivismo suave». Pero, en el ámbito anglosajón y con el ordenamiento jurídico estadounidense como referente, fue el pensamiento de DWORKIN el punto de quiebre definitivo. Al hablar de *«moral rights»,* este autor, defiende la tesis de que es necesario realizar una *moral reading of the constitution* que supone un alejamiento definitivo del positivismo jurídico [28]. Desde ahí dispara sus dardos en contra del «esqueleto del positivismo» que se sostiene en tres tesis para él inaceptables: *a)* que las reglas del Derecho pueden ser identificadas encontrando la fuente, al actor y el procedimiento, de su creación; *b)* que el ordenamiento es un conjunto de reglas exhaustivo, y *c)* que siempre que alguien tiene un Derecho subjetivo, otro tiene una obligación jurídica [29].

Para DWORKIN, en efecto, estas tesis no sirven para analizar ordenamientos constitucionales que, además de reglas, contienen principios y políticas y que exigen ofrecer fundamentos morales para las disposiciones relativas a los derechos y los deberes. El positivismo en particular no es capaz de dar cuenta de los principios constitucionales que son normas «que es menester observar, no porque hagan posible o aseguren una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral» [30].

8.

En realidad, la transformación constitucional que sirve como punto de partida al pensamiento neoconstitucionalista (y, de paso, al garantismo), en realidad, no es del todo original. Es cierto, como yo mismo he advertido en la primera parte de este ensayo, que el constitucionalismo democrático de posguerra supuso cambios importantes con relación al modelo de Estado legislativo vigente hasta entonces, pero la tesis de la moral positivizada, tal como la advierten los neoconstitucionalitas, bien puede encontrarse desde mucho antes en el texto del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución». Más allá del sentido político de esta disposición, su texto contiene una tesis

---

[28] Otras tesis en la misma dirección, tal como señala R. VÁZQUEZ, son la de GARZÓN VALDÉS de la «pretensión de legitimidad» del Derecho; la de ALEXY de la «pretensión de corrección moral» de los operadores jurídicos (creadores y aplicadores del Derecho); la de MACCORMIK de los «deberes de justicia» (que cualquier comunidad debe observar en su regulación). R. VÁZQUEZ, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*

[29] Cito directamente de la versión en inglés su configuración del positivismo jurídico: *«Legal positivism rejects the idea that legal rights can pre-exist any form of legislation; it rejects the idea, that is, that individual or groups can have rights in adjudication other than the rights explicitly provided in the collection of explicit rules that compose the whole of a community's law».* R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, xi.

[30] Retomo la cita que hace R. VÁZQUEZ de la misma obra (ahora traducida) de R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, XXXX. Cfr. VÁZQUEZ, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, *op. cit.,* 49.

de fondo que después será bandera del pensamiento neoconstitucional: aunque sea posible constatar la existencia fáctica de ordenamientos jurídicos que no respetan las coordenadas de contenido delineadas por esta disposición, solamente pueden considerarse como ordenamientos constitucionales *en sentido estricto* aquéllos que recogen un catálogo de derechos fundamentales que son la positivización de una cierta moral. En este caso, ni los derechos fundamentales pueden ser cualquier derecho, ni las constituciones pueden tener cualquier contenido. Al menos no si pretendemos que tengan legitimidad o justificación.

La propia S. POZZOLO y P. COMMANDUCCI —en dos ensayos dedicados al tema específico del neoconstitucionalismo— han llamado nuestra atención sobre un debate relevante entre N. BOBBIO y N. MATTEUCCI que recoge los ejes de esta cuestión. Conviene recuperar el núcleo de esa discusión porque nos permite vislumbrar la disputa en un contexto, por decirlo de alguna manera pre-dworkiniano y, sobre todo, porque de las tesis de BOBBIO emergen algunas reflexiones que nos permiten recuperar la traza central de este ensayo porque delinean algunos elementos que retoma el garantismo y que apuntalan la cuña que ya he colocado algunos párrafos arriba. En respuesta a un artículo escrito por MATTEUCCI, intitulado «Positivismo jurídico y constitucionalismo», en el que se cuestionaba la compatibilidad entre el positivismo clásico y las nuevas teorías constitucionalistas [31], con lo que se anticipaban las críticas que años después dirigirían al positivismo los neoconstitucionalistas, N. BOBBIO advirtió los errores que acarreaba equiparar el positivo jurídico al estatalismo:

> «...mi impresión es que usted —advertía BOBBIO a MATTEUCCI—, del todo empeñado en la batalla antipositivista, ha terminado por sacrificar en el altar de la teoría estatalista también al método positivo, como si cambiando la construcción se debiera cambiar también el método» [32].

La crítica de BOBBIO constituye una defensa del método positivista (que identifica al Derecho siguiendo las «reglas formales de producción jurídica») pero, al mismo tiempo, es una firme toma de distancia ante el «positivismo ideológico» que tiende a confundir el Derecho positivo con la justicia y que conduce hacia la peligrosa pendiente del legalismo ético [33]. BOBBIO, al mantener firme su adscripción al positivismo metodológico, reprocha a MATTEUCCI la decisión de llamar «constituciones» solamente a las «constituciones buenas». Pero, de paso, anticipa las coordenadas del debate que nos ocupa y que tiene como punto de partida las dificultades que enfrenta la teoría positivista para dar cuenta de la profunda transformación que supuso el constitucionalismo democrático de posguerra.

En esto, BOBBIO anticipa un punto de contacto entre el neoconstitucionalismo y garantismo (que está implícito desde las primeras líneas de este ensayo): la necesidad

---

[31] Cfr. N. MATTEUCCI, «Positivismo giuridico e costituzionalismo», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile,* 1963, 985-1000. La referencia se encuentra en POZZOLO, cit., 206.

[32] Cfr. C. MARGIOTTA, «Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Incola Matteucci», en *Materiali per una storia della cultura giuridica 2,* 2000. La referencia y la cita que he reproducido se encuentran en POZZOLO, cit., 207.

[33] Al respecto, cfr., además de las obras ya citadas, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali,* Roma-Bari, Laterza, 2001. Sobre este particular es interesante la advertencia de FERRAJOLI —de nueva cuenta en su texto sobre «constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista»— en el sentido de que el neoconstitucionalismo puede conducir por la senda del «constitucionalismo ético».

de abandonar el positivismo teórico. Este abandono es inevitable para abarcar las indiscutibles transformaciones que el constitucionalismo democrático implicó. Dato de hecho que tanto el garantismo como el neoconstitucionalismo tienen como punto de partida. Es más, bajo ciertas condiciones, este último puede considerarse un desarrollo del positivismo teórico clásico. Para decirlo con P. COMANDUCCI:

> «...creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del Derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta, mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico; al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo» [34].

El problema, como bien deja entrever COMANDUCCI, se presenta en el plano metodológico, porque, como se ha insistido en este trabajo, el neoconstitucionalismo sostiene «la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral» [35].

9.

El garantismo se desarrolla por la línea que trazan las tesis de BOBBIO porque, si bien abandona al positivismo teórico para dar cuenta de las transformaciones que impactaron a los ordenamientos vigentes y repudia al positivismo ideológico, se mantiene firme en la dimensión metodológica y defiende la separación entre la moral y el Derecho, entre el ser y el deber ser. De hecho, incluso para FERRAJOLI, el constitucionalismo, a diferencia de lo que sostiene expresamente DWORKIN, «en vez de constituir el debilitamiento del positivismo o su contaminación iusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada» [36].

Esta última es una tesis que FERRAJOLI —sobre todo para responder a sus críticos— esgrime una y otra vez, tanto cuando se refiere a cuestiones técnico/jurídicas, por ejemplo, al tratar el tema de la distinción que él mismo propone entre vigencia y validez de las normas; como cuando trata temas en los que se engarzan su filosofía jurídica con su filosofía política como es el caso de la laicidad estatal. Para decirlo con M. GASCÓN: «El garantismo evita, también en este nivel discursivo (se refiere a la teoría jurídica de la validez), las falacias naturalista y normativista de reducción de los valores a hechos y de los hechos a valores y se separa así tanto de la ideología jurídica normativista como de la realista: ni una norma válida es, sólo por eso vigente; ni una norma vigente o eficaz, sólo por eso, válida» [37]. Y cuando nos desplazamos al ámbito de su modelo político, la distinción permanece: de ahí la posibilidad de denunciar desde un punto de vista externo la ilegitimidad irreductible de los sistemas democráticos. Y si bien es cierto

---

[34] P. COMANDUCCI, «Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico», *op. cit.,* 87.

[35] *Ibid.,* 87.

[36] L. FERRAJOLI, «Iuspositivismo crítico y democracia constitucional», en *Isonomía*, núm. 16, 2002, 8. Esta tesis, evidentemente, constituye el eje central del texto del propio FERRAJOLI sobre «constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista».

[37] M. GASCÓN, «La teoría general del garantismo», *op. cit.,* 25.

que en el plano ideológico se inclina por una agenda expansiva de los derechos y sus garantías, en el plano teórico ofrece una definición de derechos fundamentales formal que puede albergar, en el extremo, cualquier contenido[38]. En este sentido, mantiene de manera coherente su afiliación al positivismo jurídico metodológico.

10.

Sin embargo, desde otro mirador, aunque parezca paradójico, también el garantismo, tienen una vena iusnaturalista. En ello, desde otra perspectiva, también encuentra sus raíces el pensamiento bobbiano. Al igual que la obra de BOBBIO y también que el pensamiento de FERRAJOLI, el garantismo, puede desdoblarse en dos dimensiones: en el plano metodológico en el que abraza al iuspositivismo y, en el plano político, en el que se adscribe al pensamiento liberal heredero del iusnaturalismo moderno. Para aclarar el punto conviene traer a colación una ulterior distinción entre iusnaturalismo y iuspositivismo, en este caso propuesta por R. GUASTINI, desarrollada en un ensayo dedicado precisamente al positivismo bobbiano. Según GUASTINI, podemos identificar dos acepciones de iusnaturalismo:

a) Como metaética naturalista (se trata de una variante del cognotivismo ético).
b) Como ética liberal: la «defensa de la libertad individual frente al poder político» (que sería la antítesis del legalismo ético).

Y, por oposición, tenemos dos acepciones, del positivismo jurídico:

a) Como metaética no cognotivista.
b) Como ética estatalista (legalismo o formalismo de la justicia). «El Derecho merece obediencia sin importar su contenido»[39].

BOBBIO, nos previene GUASTINI, resulta ser positivista sólo en el primer sentido y jusnaturalista en el segundo. Es decir, que es un positivista metodológico en el terreno del Derecho y un jusnaturalista liberal en el campo de la política. Me permito reproducir una cita bobbiana que sirve a GUASTINI para confirmar su sugerente tesis:

> «En la medida que sea útil —explica BOBBIO— pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del Derecho, no soy ni lo uno ni lo otro»[40].

Al abrazar al constitucionalismo como ideología política orientada a limitar al poder político, N. BOBBIO, al igual que sucederá con el garantismo, se alinea en las filas del iusnaturalismo moderno. De ahí su rechazo frontal al positivismo ideológico (al legalismo ético). Pero no por ello abandona el método positivista y, por tanto, se mantiene firme en las filas de quienes sostienen, en el ámbito del análisis jurídico, la tesis de

---

[38] Sobre este tema y sus posibles consecuencias, cfr. J. L. MARTÍ, «El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, op. cit.,* 365-401. *Vid.* también los textos contenidos en L. FERRAJOLI *et. al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid,Trotta, 2001.

[39] Cfr. R. GUASTINI, «Bobbio o de la distinción», en *Distinguendo*, Torino, Giapichelli, XXX, 63.

[40] N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico,* México, Fontamara, 1991, 89 (citado por VÁZQUEZ en *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, *op. cit.,* 25).

la separación entre Derecho y moral. Esta articulación sin contradicciones es posible porque incorpora el punto de vista político en su análisis. Bajo la lógica que ya he anunciado de que «Derecho y poder son las dos caras de una misma moneda», BOBBIO perfila el paso entre la moral y el Derecho como un acto propio del poder político. Me parece lícito sostener que el vínculo entre ambas esferas reside en la acción política: «sólo el *enforcement* de un Derecho lo transforma de Derecho moral (*moral right*) en Derecho jurídico (*legal right*)» [41]. Y, en ese sentido, la vinculación no es necesaria porque depende de un elemento distinto tanto a la moral como al Derecho: la política. La posibilidad teórica de emitir valoraciones críticas en torno a la (i)legitimidad del Estado se sustenta en esta dimensión que permite asumir un punto de vista externo o ético-político del Derecho y sus instituciones. Tesis que, como sabemos, es propia del garantismo ferrajoliano.

Así las cosas, el iusnaturalismo de BOBBIO no es el iusnaturalismo jurídico y metodológico propio del neoconstitucionalismo, sino que se ubica en el plano de la filosofía política y descansa en la teoría liberal de los límites y vínculos a los poderes públicos (y privados) [42]. Los derechos humanos o fundamentales son, sin duda, principios o aspiraciones deseables que equivalen a las «exigencias de justicia» del iusnaturalismo jurídico clásico y moderno, pero sólo son Derecho si, en su reconocimiento, media una decisión política. Y ésta es la posición que caracteriza al pensamiento garantista. De hecho, se trata de una tesis que los iuspositivistas críticos pueden aceptar sin mayores problemas [43].

Para el garantismo, sobre la línea trazada por BOBBIO, la incorporación de los derechos fundamentales a la constitución y la implementación de sus garantías solamente son posibles mediante la decisión, contingente e históricamente determinada, a cargo de una autoridad política: el poder constituyente (o el poder de reforma constitucional). Y, en esta dimensión, la relación entre Derecho y política se invierte: «el Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino que, por el contrario, es la política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho» [44]. Como puede verse, entonces, es la vinculación entre el Derecho y la política —y no entre el Derecho y la moral— la que encuentra expresión plena en la teoría garantista.

---

[41] N. BOBBIO, «Una nuova stagione della política internazionale», en *Lettera Internazionale*, XV, núm. 62, 1999, 8-9. Sobre la relación que existe en la teoría de BOBBIO entre los diferentes derechos fundamentales, cfr., entre otros, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia, op. cit.,* 6. También se recomienda, para un desarrollo ulterior sobre el argumento, el libro de M. BOVERO, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

[42] Sobre la teoría política en la obra de FERRAJOLI, cfr. V. PAZÉ, «Luigi Ferrajoli. Filósofo político», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2006, 147-158.

[43] Ésta, de hecho, es una posición que puede ser adoptada por un positivista «duro», como E. BULYGIN, que niega tajantemente la existencia de un sistema moral objetivamente válido pero reconoce que es posible hablar de derechos morales siempre y cuando se les distinga de los derechos jurídicos: «...cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y ya no meramente morales». Citado por E. GARZÓN VALDÉS en «Derecho y Moral», *op. cit.,* 38.

[44] L. FERRAJOLI, «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y sus divergencias de la realidad», en A. P. IBÁÑEZ, *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, 24. Citado por M. GASCÓN (*op. cit.,* 26).

Ya hemos visto los rasgos fundamentales de esta teoría desde la perspectiva estrictamente jurídica (como modelo normativo del Derecho y como teoría jurídica) pero, en su sentido más amplio, el garantismo se expresa como:

> «...el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes —públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional— mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados»[45].

El carácter liberal del modelo emerge con toda claridad en este párrafo y, de paso, anuncia el proyecto ideal que funge como parámetro para valorar críticamente a los ordenamientos político-jurídicos existentes. En la primera parte de la cita se expresa lo que M. IGLESIAS ha denominado el «constitucionalismo político» y en la segunda el «constitucionalismo humanista» del garantismo[46]. Más allá del tino de esta distinción entre dos tipos de constitucionalismo, incluso para FERRAJOLI, lo importante sería que ambas dimensiones se ubican en planos distintos: uno en el de la teoría del Derecho y el otro en el de la teoría política. En este sentido, desde mi punto de vista, el pensador contemporáneo que mejor encarna la concepción garantista en este sentido amplio es, paradójicamente un filósofo de la política, M. BOVERO.

Las tesis de BOVERO, por un lado, se construyen sobre las bases del pensamiento político liberal ilustrado de matriz iusnaturalista y, por el otro, se mantienen firmes en el ámbito del positivo jurídico (en su acepción metodológica) sin incurrir en las ambigüedades y vacilaciones que aquejan parte de la obra de FERRAJOLI. BOVERO, de hecho, defiende el sentido del garantismo como teoría del Derecho que, desde una perspectiva positivista, se compromete con la expansión de la agenda de los derechos fundamentales y sus garantías y, al mismo tiempo, no pierde de vista que esa expansión pasa, necesariamente, por la acción de las mayorías políticas y por los límites impuestos jurídicamente a estas mismas mayorías. Las críticas de BOVERO a la noción de democracia sustantiva propuesta por FERRAJOLI —y la correspondiente defensa de una definición formal y mínima de esta forma de gobierno—, así como sus aportaciones al debate entre este autor y R. GUASTINI, en torno a la relación entre los derechos, los deberes y las garantías, son pruebas de lo que acabo de sostener. Valga su conclusión al ensayo con el que interviene en este último debate para apuntalar mi tesis. Al indagar de qué tipo es la obligación que corresponde al legislador que debe introducir las garantías para los derechos fundamentales que faltan en un ordenamiento, BOVERO nos dice lo siguiente:

---

[45] L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, 62.

[46] Para M. IGLESIAS, el constitucionalismo ferrajoliano oscila entre estas dos formas de constitucionalismo, lo que implica una contradicción: el primero (el constitucionalismo político) es compatible con el positivismo jurídico, pero, para ella, el segundo (el constitucionalismo humanista) no lo es porque constituye «una presentación abreviada del mínimo moral que el Derecho tiene la función de proteger». En lo personal difiero de esta interpretación porque, desde mi perspectiva, lo que IGLESIAS llama «constitucionalismo humanista», en realidad, se coloca por fuera del Derecho y se ubica en el plano de la teoría política del garantismo (y no desde una teoría moral). Cfr. M. IGLESIAS, «El positivismo en el Estado constitucional», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.,* 95. Esta distinción es retomada por el propio FERRAJOLI en su texto sobre «constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista»: el ius-constitucionalismo es «algo completamente distinto que el constitucionalismo "político" —moderno pero también antiguo— como práctica y como concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad...», cfr. manuscrito, 3.

«(Se trata quizá) de una *obligación política*, Según una práctica consolidada solemos diferenciar entre la "obligación jurídica" que tiene el individuo de obedecer a una norma particular del ordenamiento y la "obligación política" que tiene dicho individuo de obedecer al ordenamiento en su conjunto, al sistema de autoridades y poderes públicos que éste establece [...] sugiero que reflexionemos sobre la pertinencia de catalogar como *política*, en el sentido preciso y pertinente del término, a la obligación que tienen los titulares del poder político (los poderes públicos) y ya no a la obligación de sus subordinados. Ésta es, en un Estado constitucional de Derecho, la obligación de poner en práctica al contrato social [...] y, en primer lugar, de garantizar las cláusulas del pacto de convivencia que coinciden con los derechos fundamentales de los individuos. Una obligación política entendida, por tanto, ya no como la obligación que tienen los gobernados de obedecer al poder político, sino como la obligación de los gobernantes, de los "políticos", con la *polis* y su *politeia*; la obligación, entonces, de *obedecer a la constitución*, que tiene una sanción que también es esencialmente *política* (aunque invoque, para justificarse, la deficiente garantía de derechos jurídicos): la deslegitimación democrática de los gobernantes. A través del voto. ¿O también ejerciendo el derecho de resistencia? ¿A través del "apelo al cielo" de lockeana memoria?...»[47].

La cita permite evidenciar, por un lado, la estrecha vinculación que, para BOVERO, existe entre el sistema jurídico y el sistema político y, por el otro, su convicción de que la exigencia de incorporar normas a los ordenamientos para ampliar la agenda de los derechos y de sus garantías es de tipo político y no de carácter moral. Por si no bastara, nos previene que esa también es la naturaleza de la obligación que exige *cumplir con la constitución.* Y, en el extremo, nos anuncia que la única puerta para eventuales argumentos morales es la que conduce por la senda del iusnaturalismo, de nueva cuenta político, hacia el liberalismo de lockeana memoria.

11.

Las distinciones entre el garantismo y el neoconstitucionalismo adquieren especial relevancia cuando miramos hacia el campo de la justicia constitucional. La diferencia de fondo que ha sido identificada y que podría parecer una distinción meramente teórica de alcance metodológico, en este terreno, adquiere una relevancia práctica. Para entender esto conviene señalar que, con los ordenamientos constitucionales contemporáneos, se dejaron de lado las advertencias de H. KELSEN en el sentido de que los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad podrían «jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional»[48]. Para KELSEN, «las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios)» podrían interpretarse «como directivas relativas al contenido de las leyes [...] y, en este caso, el poder del tribunal (constitucional) sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable»[49]. Por ello, KELSEN, recomendaba «abstenerse de todo este tipo de fraseología»[50], controvertida en las constituciones.

---

[47] M. BOVERO, «Derechos, deberes, garantías», en M. CARBONELL y P. SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.,* 233-244.

[48] H. KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001 (cito de la edición contenida en *Escritos sobre Democracia y el socialismo,* Madrid, Debate, 1988), 142.

[49] *Ibid.,* 142-143.

[50] *Ibid.*

En los hechos muchas constituciones contemporáneas pasaron por alto el prurito kelseniano y sobrecargaron de normas de principios su apartado dogmático. El peligro que esto conlleva sigue estando presente en la mente de algunos estudiosos del Derecho contemporáneos. Por ejemplo, para F. LAPORTA está latente el riesgo de que «los jueces (obren) sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el Derecho» [51]. Y el problema, para este mismo autor, es que los jueces no están preparados para esta tarea porque «su razonamiento moral no pasa de ser vulgar» [52]. Ante este delicado problema, el garantismo y el neoconstitucionalismo ofrecen respuestas interesantes. Ambas aproximaciones asumen como un dato empíricamente verificable la constitucionalización de principios abstractos y, aunque no parecen compartir el temor manifestado por KELSEN y aún vigente en las tesis de LAPORTA, se inclinan por restringir la discrecionalidad judicial. Sin embargo, solamente el garantismo logra ser consistente con este objetivo. Y ello se explica, en última instancia, por la diferencia de posiciones que ambas aproximaciones teóricas adoptan frente al tema del positivismo metodológico.

12.

En el modelo garantista se rechaza frontalmente el decisionismo en Derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad. El juez, para decirlo con M. GASCÓN, «para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad, no debe, a su vez, actuar arbitrariamente» [53]. El uso de un lenguaje normativo riguroso y factual, que garantice un apego al principio de legalidad mediante una aproximación cognitiva y no normativa al Derecho, es un requisito para reducir la indeseable discrecionalidad y, sobre todo, la arbitrariedad en el quehacer del juzgador. En esta dirección, según R. GUASTINI, FERRAJOLI, por ejemplo, hace suya la tesis ilustrada al sostener que el poder judicial sólo puede funcionar como garantía frente al poder ejecutivo si se desempeña como un poder prácticamente nulo [54]. De nueva cuenta, se subraya la pretensión cognoscitiva y no creativa del intérprete que se fundamenta en el carácter positivista de la teoría garantista. De hecho, para esta teoría, resulta posible hablar de una verdad jurídica que depende de la labor del intérprete como descubridor del Derecho. Para P. ANDRÉS IBÁÑEZ, aquí reside un «significativo factor de novedad» del garantismo que consiste en que:

> «...del mismo se sigue un imperativo de cambio radical en la forma de relación entre los dos polos del par, conocimiento y decisión. Ahora se trata de hacer que prevalezca el prime-

[51] F. LAPORTA, «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», en *El cronista*, núm. 0, Madrid, octubre 2008, cit., 49.

[52] *Ibid.* Tal vez consciente de ello, R. DWORKIN se pregunta si los jueces deben o pueden ser filósofos (a lo que adelanta una respuesta positiva). Cfr. R. DWORKIN, «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», en *Isonomía,* núm. 32, abril de 2010, 7-29.

[53] M. GASCÓN, «La teoría general del garantismo. Rasgos principales», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.,* 27. He desarrollado algunos de estos argumentos en *Garantismo espurio*, *op. cit.* Estas tesis son claramente desarrolladas por el propio FERRAJOLI en su trabajo sobre «constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista».

[54] Cfr. R. GUASTINI, «I fondamenti teorici e filosofici del garantismo», en L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luig Ferrajoli,* Torino, Giappichelli, 1993, 53.

ro como condición de legitimidad del segundo. [...] Así lo que late en el modelo propuesto no es el desconocimiento de la inevitable discrecionalidad que connota la tarea del juez [...], sino el propósito de contribuir con eficacia a su reducción»[55].

Lo que está en vilo, como parte de las garantías que protegen a los derechos fundamentales, son la certeza y la seguridad jurídicas. La vinculación del juez a la ley constituye una obligación que es, a la vez, jurídica, política y moral[56]. Si el juez abandona su compromiso con el principio de legalidad —abjura de su obligación de actuar *sub lege*—, es decir, traiciona su delicada función al interior del modelo constitucional. Sobre este punto, FERRAJOLI es claro:

«Para garantizar los derechos el juez puede incurrir a una cierta "inventiva judicial", "pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva [...] es imposible y no cabe otra solución que la denegación de la justicia". La protección de los derechos "en la medida en que no tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca, contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley [...] Y se revela en el peor de los casos del todo imposible"»[57].

Al juez le corresponde asumir una actitud crítica frente al Derecho que se traduce en advertir, denunciar y promover la expulsión del ordenamiento de aquellas leyes inconstitucionales (es decir, para usar el lenguaje ferrajoliano, que son vigentes pero inválidas) pero, al realizar esa delicada función, el juez debe ajustar su actuación invariablemente al principio de legalidad que lo obliga, ante todo, a observar el contenido constitucional. La frontera de sus potestades y el marco de su función de garantía están normativamente establecidos tanto en la constitución como en las leyes. Con las palabras de FERRAJOLI al reflexionar sobre la actuación de los jueces (en particular de los penales): «Éstos no son libres de orientarse en las decisiones según sus personales convicciones morales, sino que, por el contrario, deben someterse a las leyes aun cuando pudieran hallarse en contraste con tales convicciones»[58]. Y lo mismo vale —sobre todo— para los casos en los que estén en juego sus intereses o cálculos políticos. De hecho, sin reparos y con claridad, el propio FERRAJOLI advierte que «en el modelo del constitucionalismo iuspositivista (garantista), la reparación de las lagunas y antinomias [...] no se confían al activismo interpretativo de los jueces, sino sólo a la legislación y, por ello, a la política...»[59].

Como puede observarse, es errado sostener que la teoría garantista promueve una actitud decisionista por parte de los jueces y mucho menos suponer que acepta algún grado de arbitrariedad judicial. Cuando éstos actúan sobre la base de un razonamiento moral abierto o a partir de cálculos políticos (estrategias sustantivamente distintas pero que lesionan igual a la certeza y la seguridad jurídicas) distorsionan y falsean la teoría. En el garantismo vale más bien lo contrario: la actividad judicial debe ceñirse a conocer los hechos y el Derecho y a constatar las consecuencias de la aplicación del segundo sobre los primeros. De ello depende, ni más ni menos, que el respeto al principio de

---

[55] Cfr. P. A. IBÁÑEZ, «Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción», *op. cit.,* 65-66.

[56] M. GASCÓN, «La teoría general del garantismo. Rasgos principales», *op. cit.,* 27.

[57] *Derecho y Razón,* 919-920. Ambas citas se encuentran en GASCÓN, *op. cit.,* 29.

[58] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta, 2000 (4.ª ed.), 925.

[59] Retomo esta última tesis de sus textos sobre «constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», 29 del manuscrito.

imparcialidad. Y éste pende, como ya lo sabía MACILWAIN [60] y nos recuerda el propio FERRAJOLI, del principio básico de la separación de los poderes.

13.

El neoconstitucionalismo, en cambio, resulta más flexible ante el tema de la discrecionalidad judicial. DWORKIN, por ejemplo, reconoce que en algunos casos —si bien atendiendo a principios como la «supremacía legislativa» o la doctrina del precedente— los jueces pueden estar autorizados, directamente, para «cambiar una regla legal existente» [61]. Y, aunque este autor no se inclina por la discrecionalidad judicial en sentido fuerte, promueve una noción de activismo judicial que se encuentra estrechamente vinculada con la noción de «derechos morales»: el activismo judicial, sostiene, «presupone cierta objetividad de principios morales; en particular presupone que los ciudadanos tienen algunos derechos morales frente al Estado [...] sólo de esta manera el activismo judicial se justifica sobre la base de algo más que las preferencias personales del juez» [62]. Por su parte, R. ALEXY ha sostenido lo siguiente:

> «La principal particularidad de la interpretación constitucional deriva de sus tres extremos arriba señalados: máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia de su contenido. Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales —esto es, en la práctica, quien logre que sea adoptada por el Tribunal Constitucional Federal—, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política [...] En este sentido cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales. El árbitro de esta lucha no es, sin embargo, el pueblo, sino el Tribunal Constitucional Federal» [63].

Como puede observarse, la clave que abre la puerta al activismo y a la vez pretende restringir la discrecionalidad no es solamente el rango normativo de los derechos fundamentales, sino, sobre todo, el reconocimiento de la existencia de ciertos derechos morales que dotan de contenido a dichas normas. Es decir, el abandono del positivismo metodológico propio del garantismo. Los jueces de DWORKIN y ALEXY juegan un papel político muy relevante y deben ser capaces de ofrecer respuestas morales a los problemas de política constitucional —y pueden hacerlo— porque las cláusulas del *Bill of Rights* hacen referencia a conceptos morales que exigen interpretación y que se encuentran en las constituciones [64]. Los principios constitucionales, en efecto, son el punto de partida de dichas interpretaciones y, en los hechos, permiten al juez constitucional integrar el Derecho. En este caso, la labor judicial no es primordialmente cognitiva, sino también creativa, con lo que el juez, como abiertamente sostiene

---

[60] Cfr. el texto clásico de Ch. MACILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York, Ithaca, 1947.

[61] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.,* 37-38.

[62] *Ibid.,* 138.

[63] R. ALEXY, «Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho», en M. CARBONELL y P. SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, op. cit.,* 36-37.

[64] Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.,* 147.

ALEXY, puede llegar a suplantar al legislador [65]. Y si bien es cierto que las técnicas de interpretación propias de esta estrategia (típicamente la ponderación propuesta por el propio ALEXY) están orientadas a restringir técnicamente el ámbito de creatividad judicial, al sustentarse en la tesis de la incorporación de la moral al Derecho, el neoconstitucionalismo, deja la puerta abierta para que el juez, *en extremis*, recurra a sus propias convicciones morales y/o políticas a la hora de decidir [66].

14.

En el fondo de la diferencia entre estas posiciones frente a la labor jurisdiccional, como acabo de advertir, descansa el diferendo metodológico que ocupó nuestra atención en el apartado medular de este ensayo. J. A. GARCÍA AMADO, pensando en el ámbito de los derechos sociales y sus garantías, nos ofrece la siguiente reflexión que parecería rematar la diferencia:

> «...tenemos un buen banco de pruebas para las diferencias entre neoconstitucionalistas y positivistas. Los primeros confían en una judicatura activista y comprometida en la imposición de óptimos o, al menos, en la compensación y elevación de las realizaciones contempladas por el legislador. En cambio, el positivista estima que el grado de satisfacción de cada uno de estos derechos (sociales) y el tipo de preferencia entre ellos es materia propia de una actividad legislativa que refleje el programa político respaldado por la mayoría de los votantes» [67].

Sin embargo, identificar al garantismo con el positivismo referido en esta cita sería un error. En realidad, FERRAJOLI, desde su perspectiva garantista, en este punto se encontraría más cerca del neoconstitucionalismo porque también él se inclina por una labor judicial activista cuando se trata de ofrecer garantías a los derechos constitucionales. La teoría de FERRAJOLI, además, tiene como uno de sus ejes principales la desconfianza a las mayorías políticas y la defensa de los derechos fundamentales como «derechos del más débil» ante cualquier poder (incluyendo al legislador democrático).

---

[65] Desde la perspectiva de FERRAJOLI, con la estrategia neoconstitucionalista, «...al tiempo que se debilita el carácter vinculante de las normas constitucionales a pesar de su rigidez, se avala a través de la contraposición de la ponderación a la subsunción, el debilitamiento del carácter tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción, en el que reside su fuente de legitimación, y se promueven y alientan tanto el activismo de los jueces como la discresionalidad de la actividad judicial». L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», 46 del manuscrito.

[66] J. A. GARCÍA AMADO, en un debate con PRIETO SANCHÍS del que C. BERNAL PULIDO da cuenta en el libro editado por CARBONELL dedicado a la *Teoría del Neoconstitucionalismo*, por ejemplo, critica radicalmente la técnica interpretativa de la ponderación por ser un «procedimiento irracional» que utilizan los tribunales constitucionales para evadir la carga de la fundamentación. Cfr. C. BERNAL PULIDO, «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo», en M. CARBONELL, *Teoría del Neoconstitucionalismo, op. cit.,* 299-300. Críticas similares, más o menos radicales, han sido planteadas por muchos otros teóricos del Derecho que tienen en común la defensa del positivismo metodológico. El propio PRIETO SANCHÍS sostiene lo siguiente: «...el neoconstitucionalismo implica también una apertura al judicialismo, al menos desde la perspectiva europea, de modo que si lo que gana el Estado de Derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; y, a mi juicio, la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido». L. PRIETO SANCHÍS, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en M. CARBONELL y P. SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.,* 157.

[67] J. A. GARCÍA AMADO, «Derechos y pretextos», en M. CARBONELL, *Teoría del Neoconstitucionalismo, op. cit.,* 263.

Pero, en realidad, las razones que mueven al neoconstitucionalismo en la dirección identificada por García Amado son distintas a las que impulsan al garantismo. El primero promueve una actuación judicial activista en virtud de la presunta existencia de principios morales extrajurídicos y juridificados que *deben orientar* la decisión de los jueces; el segundo, en cambio, promueve el activismo *desde fuera del Derecho* y, si es jurídicamente posible, *en el Derecho* como parte de un programa político que, *debería orientar*, el quehacer de los juzgadores. La diferencia no es baladí: el juez del neoconstitucionalismo está autorizado a suplantar al legislador en aras de una justicia con asidero moral objetivo; el juez del garantismo está obligado a provocar que el legislador haga su tarea en aras de una agenda política liberal y democrática.

Si, al arropar sus decisiones en alguna de estas aproximaciones teóricas, los jueces de las jóvenes democracias constitucionales tomaran en cuenta las distinciones que propongo (suponiendo, por supuesto, que éstas tengan sustento teórico), probablemente, asumirían con mayor franqueza las consecuencias de su actuar neoconstitucionalista o, en su defecto, harían suyas las limitaciones y rigores que impone a su actuación la teoría garantista. En este terreno, en el que las decisiones tienen consecuencias jurídicas y políticas fundamentales, la diferencia es todo menos irrelevante.

EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. ENTRE PALEO-IUSPOSITIVISMO Y NEO-IUSNATURALISMO*

Luigi FERRAJOLI
Universidad de Roma III

RESUMEN. En el presente artículo, el autor responde a sus críticos, aprovechando la ocasión para redimensionar los disensos y aclarar los temas de fondo, regresando a los asuntos expuestos en su artículo anterior como la cuestión terminológica, la Constitución y los derechos fundamentales como conceptos de la teoría del Derecho, la relación entre constitucionalismo y democracia, la relación entre Derecho y moral, reglas y principios y la ponderación.

Palabras clave: FERRAJOLI, neoconstitucionalismo, garantismo, ponderación.

ABSTRACT. In this paper, the author answers to his critics resizing disagreements and clarifying substantial topics he had elaborate on in a previous work: terminological issues, the Constitution and the fundamental rights as Theory of Law concepts, the relation between constitutionalism and Democracy, Law and morality, rules, principles and weighting.

Keywords: FERRAJOLI, neoconstitutionalism, garantismo, weighing.

* Fecha de recepción: 4 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 25 de julio de 2011.

1. NUESTRO DEBATE

Agradezco a todos quienes han intervenido en este debate. La mayor parte de los interventores han sido particularmente críticos. Esperaba las críticas, mucho menos las incomprensiones, pero tanto unas como otras permiten aislar con claridad las cuestiones controvertidas y precisar la medida y el alcance de los disensos. En efecto, la discusión ha esclarecido numerosos malentendidos respecto a lo que he denominado «constitucionalismo garantista», por ejemplo, la idea que la teoría que le subyace haya «formalizado el universo normativo» o implique una «despolitización de la práctica democrática» o no deje espacio a la argumentación (Gr., 140-141), o bien que pretenda ser «exhaustiva» y «completa» (Lap., 168); la vieja idea del juez como boca de la ley o de la Constitución, además de la tesis que los conflictos entre derechos pueden ser resueltos «limpiamente» por los jueces con tesis verdaderas (Lap., 178 y 180); la tesis que el positivismo jurídico y el constitucionalismo aseguran, por sí mismos, las formas y la sustancia democráticas de nuestros ordenamientos (Ag., 59-60 Lap., 173; Pi., 210) por lo que el constitucionalismo garantista equivaldría a un «constitucionalismo imposible», como dice el título del ensayo de J. AGUILÓ; la tesis que las argumentaciones morales no serían susceptibles de justificación racional y serían «necesariamente arbitrarias» (Lap., 180); finalmente, la idea que el Derecho no tenga una «dimensión axiológica» o «valorativa» más allá de la «autoritativa» o que yo «amputo los componentes valorativos de los derechos fundamentales» (At., 82-83). Se trata de tesis más o menos absurdas, ninguna de las cuales he sostenido y algunas de las cuales he negado y criticado explícitamente.

Por lo demás, también me han reprochado —en particular, M. ATIENZA— haber tergiversado o deformado muchas de las tesis de la orientación que he denominado «constitucionalismo principalista». Aunque siempre he tenido cuidado al citar pasajes de distintos autores, reproduciéndolos generalmente de forma literal, a partir de las precisiones formuladas por ATIENZA no tengo dificultad en admitir haber podido tergiversar en algo su pensamiento, así como el de J. RUIZ MANERO, asociando indebidamente sus tesis con las de R. DWORKIN y R. ALEXY. Como excusa puedo decir que reiteradamente ATIENZA ha profesado una sustancial adhesión a las tesis de estos dos autores. Sin embargo, tomo estas precisiones con gusto: más allá del malestar por mis tergiversaciones, que no excluyo y por las que me disculpo, éstas sirven ciertamente para reducir el alcance de nuestras discrepancias. No obstante, estoy convencido de que la aproximación principalista —poco importa si en la versión de ALEXY o DWORKIN más que en la de ATIENZA y RUIZ MANERO—, tiene el riesgo de avalar un debilitamiento del rol normativo de las constituciones y un activismo judicial, en contraste con la separación de los poderes y con las fuentes mismas de la legitimación de la jurisdicción. ATIENZA rechaza firmemente estas implicancias, sin embargo, sus precisiones no me parecen suficientes para excluirlas. De lo que se sigue la oportunidad de un análisis ulterior de estas tesis principalistas que, más allá de las etiquetas y de las intenciones, han permitido llegar a esas implicaciones o, en todo caso, han favorecido su incomprensión o deformación. Aclararemos exactamente los puntos de la discrepancia asumiendo, en cambio, como banco de pruebas, la coherencia de todas nuestras tesis con aquellas sobre las que concordamos. De este modo, no obstante las

tergiversaciones y quizá gracias a ellas, mi intervención crítica habrá tenido el valor de una útil provocación.

Por tanto, el objetivo de esta réplica no es sólo la precisión de mis tesis, confrontándolas nuevamente con las de mis críticos sino también, una vez despejados los recíprocos equívocos y tergiversaciones, redimensionar nuestros disensos y, en todo caso, aclarar los temas de fondo. En efecto, una cosa es cierta y, creo, compartida por todos. La discrecionalidad que inevitablemente interviene en la aplicación de la ley está ligada a factores objetivos, independientes de nuestras teorías: a la indeterminación del lenguaje legal, al estilo empleado por el legislador, sea el constituyente como el ordinario, a los conflictos entre normas constitucionales, a los juicios subjetivos de valor que inevitablemente intervienen en la interpretación de términos valorativos pertenecientes (también) al lenguaje moral, al consiguiente carácter opinable de las distintas soluciones interpretativas: en suma, a la semántica del lenguaje normativo. Por tanto, la sujeción al Derecho —de la legislación a la Constitución, y de la jurisdicción y la administración tanto a la ley como a la Constitución— sobre la que se funda el Estado de Derecho es siempre aproximativa e imperfecta. Pienso que sobre esto podemos estar todos de acuerdo. Por lo demás, es por esto que siempre he hablado de un grado más o menos elevado de legitimidad de los poderes públicos respecto a sus fuentes de legitimación democrática: la aplicación de la ley y la verdad procesal, aunque siempre relativas y opinables, sobre las que se funda la legitimidad de la jurisdicción; la representatividad política, no menos relativa y convencional y el respeto de las normas constitucionales, de las que depende la legitimidad de la legislación. Como he sostenido muchas veces, la jurisdicción en particular es siempre un poder-saber: es tanto más legítima cuanto mayor es el saber y menor es el poder.

Ahora bien, la hipótesis de trabajo que intento poner a prueba y someter a la discusión es que la diferencia entre las dos orientaciones del constitucionalismo que he distinguido consiste esencialmente en la distinta explicación y valoración, en el plano teórico, de los espacios de autonomía del poder legislativo y de discrecionalidad del poder judicial abiertos a la semántica del lenguaje de las leyes y de las constituciones. Entonces, la diferencia no consiste en afirmar o en negar estos espacios, que existen independientemente de nuestras distintas concepciones del constitucionalismo, sino en sus diferentes explicaciones y valoraciones. La opción principalista considera estos espacios como irreducibles (y para algunos, inclusive, resultan políticamente apreciables) y confía su racionalización a una adecuada teoría de la argumentación. Por el contrario, la opción garantista —de acuerdo con el modelo normativo del Estado de Derecho concebido, sin embargo, como un modelo límite, nunca realizable del todo— considera estos mismos espacios como perjudiciales y, por tanto, promueve su minimización mediante la introducción de garantías apropiadas, sea en el terreno de la legislación como en el de la jurisdicción. Pero es claro que tales espacios permanecen objetivamente al margen de cuáles sean nuestras concepciones de la legalidad, de la constitución y de la jurisdicción —iusnaturalistas, iuspositivistas o postpositivistas, principalistas o garantistas, ético-objetivistas o ético-antiobjetivistas—. En efecto, principalismo y garantismo, ponderación y subsunción son sólo distintas representaciones o reconstrucciones, sobre el plano teórico, de las mismas prácticas operativas.

Ello no quiere decir que la alternativa teórica entre el constitucionalismo principalista y el constitucionalismo garantista no tenga una enorme relevancia práctica. Como intentaré demostrar, ella designa una alternativa entre distintas concepciones del funcionamiento del Derecho, cuya principal relevancia pragmática es la de avalar y legitimar concretamente, y a lo mejor de apoyar, o bien, al contrario, de criticar y deslegitimar normativamente, y a lo mejor de reducir: *a)* los espacios, para algunos del todo positivos pero para mí negativos, de la autonomía del poder legislativo y de la discrecionalidad del poder judicial, y *b)* el consiguiente debilitamiento de la normatividad de las constituciones. Decíamos también, para evitar polémicas inútiles por carecer de sentido, que estas distintas concepciones no son ni verdaderas ni falsas, sino únicamente más o menos justificadas sobre la base de su capacidad para dar cuenta de la estructura normativa de las actuales democracias constitucionales y del rol garantista de las constituciones, además de su consecuente idoneidad para orientar los estilos argumentativos y la deontología profesional de los operadores jurídicos. No somos simples espectadores del universo normativo que estudiamos, sino que contribuimos a modelarlo con nuestras concepciones y con nuestras teorías que, por tanto, debemos justificar responsablemente también sobre la base de su relevancia pragmática. Por otra parte, sobre este terreno, los disensos no son del todo conciliables al no ser sólo de carácter teórico sino también de carácter político. Sin embargo, será una valiosa adquisición tanto teórica como práctica el común reconocimiento, por parte de cada uno, de los límites y de los riesgos inherentes a las propias tesis y del conjunto de las razones como apoyo de las tesis ajenas. Por lo demás, en esta dirección ha procedido M. Atienza, quien al término de su intervención ha admitido que algunos de los riesgos temidos por mí en las tesis principialistas, «son riesgos reales y que deben ser tomados muy en serio por parte de quienes tratan (tratamos) de desarrollar esa concepción del Derecho» (At., 84). Por mi parte no tengo dificultad en reconocer, como precisaré más adelante, los inevitables espacios de la discrecionalidad judicial y la consiguiente importancia de la argumentación ético-política y, por tanto, de una adecuada teoría de la argumentación, para su ejercicio correcto y racional. En suma, nuestro debate no habrá sido inútil si nos sentimos inducidos, sobre la base de esta común conciencia crítica, a una mayor precisión de nuestras teorías.

Hecha esta premisa, en las siguientes páginas procederé al análisis de las distintas cuestiones en torno a las cuales se han manifestado los principales disensos. Para tal fin, puede ser útil poner orden entre las distintas cuestiones controvertidas, distinguiéndolas en dos grandes clases sobre la base de una muy eficaz imagen utilizada por L. Hierro. Hierro ha representado el itinerario recorrido por mis tesis —desde la crítica del iuspositivismo dogmático presentado en *Derecho y razón* [1] hasta la crítica del neoconstitucionalismo presentado en el ensayo aquí discutido— como un difícil paso entre Escila y Caribdis (Hi., 155 y ss.). En efecto, las dos orientaciones que más veces he criticado, y a cuyos principales exponentes he criticado reiteradamente, son el paleo-iuspositivismo de quien sostiene que la rigidez de las constituciones no ha producido ninguna significativa innovación estructural en el viejo modelo iuspositivis-

[1] *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1989, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, 1995, Madrid, Trotta, 9.ª ed., 2009, cap. XIII, § 58, 868-880.

ta y el neo-iusnaturalismo de quien, por el contrario, interpreta tal innovación como una negación de aquel modelo generada por la renovada conexión entre Derecho y moral ocurrida con la incorporación en las constituciones de principios ético-políticos. Efectivamente, el constitucionalismo garantista que propongo se distancia tanto de la Escila paleo-iuspositivista como de la Caribdis neo-constitucionalista, a lo que se aúna, en mi opinión, una incomprensión del paradigma del constitucionalismo rígido: configurable, me parece, no más sobre la base de la vieja reducción iuspositivista de la validez de las normas legales a su existencia y sobre la consiguiente aproximación avalorativa de la ciencia jurídica a su objeto, ni tampoco sobre una superación tendencialmente iusnaturalista de la separación entre Derecho y moral y, por tanto, del propio positivismo jurídico, sino como un iuspositivismo reforzado y, por así decir, completado por la positivización del *deber ser jurídico* de la producción legislativa del propio Derecho positivo.

Las siguientes páginas están dedicadas a mis objeciones a estas dos orientaciones. En un primer momento responderé a las objeciones paleo-iuspositivistas enfrentando, en el § 2, a la que sólo en apariencia es una cuestión únicamente terminológica, pues tras de ella se esconde la cuestión teórica de la naturaleza misma del paradigma constitucional; luego, en el § 3, enfrentaré la cuestión, relacionada con la primera, del estatus epistemológico de la teoría del Derecho como teoría formal y del rol de la teoría respecto a las distintas aproximaciones disciplinarias —jurídicas, filosófico-políticas y sociológicas— al estudio empírico de la fenomenología del Derecho; finalmente, en el § 4, trataré la relación entre iuspositivismo, iusconstitucionalismo y democracia. Responderé luego a las objeciones neo-constitucionalistas o principalistas enfrentando, en primer lugar, en el § 5, la cuestión de la relación, si de conexión o de separación, entre Derecho y moral, y la alternativa que ésta presupone entre objetivismo y cognoscitivismo ético, de un lado, y anticognoscitivismo y antiobjetivismo ético, de otro; luego, en el § 6, discutiré el problema de la relación entre reglas y principios y, por otro lado, entre los que he llamado «principios regulativos» y los que he llamado «principios directivos»; finalmente, en el § 7, hablaré de la subsunción y de la ponderación, además del rol de la argumentación en la práctica judicial. Lamentablemente me veré forzado a proponer muchas tesis ya sostenidas en el pasado. Sin embargo, espero que los argumentos con los que las justificaré en este texto, y también a la luz de las críticas que me han dirigido y las aclaraciones que me han solicitado, éstas resulten ahora más convincentes.

2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: LO QUE ENTENDEMOS POR «CONSTITUCIONALISMO». EL CONSTITUCIONALISMO COMO NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO

La revisión terminológica que he propuesto —el uso de «constitucionalismo» o, si se quiere, de «constitucionalismo jurídico» en lugar de «neoconstitucionalismo» para designar el modelo de las actuales democracias constitucionales y la connotación como «principalista» o «garantista» de las distintas concepciones, la una basada en la conexión, la otra en la separación entre Derecho y moral— ha sido acogida, paradójicamente, por el exponente más radical del constitucionalismo principalista, A. García

FIGUEROA (GF, 123 y ss.), quien, por lo demás, cree superada la vieja oposición entre iuspositivismo y iusnaturalismo. En cambio, ha sido rechazada, además de por M. BARBIERIS, por P. COMANDUCCI, quien, incluso, comparte la opción iuspositivista que he puesto en la base del constitucionalismo garantista.

COMANDUCCI —al sostener las dos identificaciones que critico, del constitucionalismo con la ideología dirigida a la limitación del poder y del neoconstitucionalismo con una teoría del actual paradigma constitucional «concurrente con la del positivismo» y «alternativa» a ella porque está basada sobre la conexión entre Derecho y moral[2]— ha desarrollado cuatro observaciones críticas en torno a mis propuestas redefinitorias.

Según su primera observación, sería oportuno llamar con distintos nombres a nuestras teorías o doctrinas, y a sus objetos normativos e institucionales, es decir, el «Estado legislativo de Derecho» y el «Estado constitucional de Derecho». Únicamente cabría reservar para las primeras las expresiones «positivismo jurídico» y «constitucionalismo» —sea éste «iusnaturalista» o «iuspositivista»— de las que, en cambio, «no tiene ningún sentido» calificar sus modelos institucionales (Co., 97). Parecería una propuesta de sentido común. Por lo demás, a menudo uso también las expresiones «Estado legislativo» y «Estado constitucional» para designar, respectivamente, al modelo de Estado-Derecho que carece y cuenta con una constitución rígida, mientras que utilizo los distintos «-ismos» para designar las distintas concepciones o teorías del Derecho.

Tengo, sin embargo, la impresión que tras de esta propuesta se esconde una petición de principio: la tesis, incontestable, si «constitucionalismo» es entendido, como lo entiende COMANDUCCI, como una doctrina política «independiente y sin conexión necesaria entre el nivel de las ideas y el nivel de las instituciones» (Co., 97). En efecto, es claro que si entendemos «constitucionalismo» en el sentido de COMANDUCCI, es decir, como sinónimo de la ideología liberal de los límites a los poderes públicos, ello es compatible con cualquier tipo de ordenamiento, incluso con el viejo Estado legislativo de Derecho. Pero, precisamente por ello, es necesario distinguir de qué «ideas» estamos hablando cuando afirmamos «la independencia entre el nivel de las ideas y el nivel de las instituciones». Si tales ideas son, concretamente, las ideologías o las filosofías políticas, entre ambas hay una obvia independencia; por ejemplo, obviamente existe independencia entre el constitucionalismo político como doctrina liberal de los límites al poder y las estructuras institucionales existentes, como las que han caracterizado al Estado legislativo de Derecho hasta la introducción de las constituciones rígidas o, peor aún, los ordenamientos no liberales y autoritarios; igualmente, existe independencia entre el Derecho existente, cualquiera que éste fuera, y el positivismo jurídico como instancia política reivindicada por éste, en oposición al Derecho jurisprudencial y doctrinario premoderno del tiempo de Th. HOBBES[3] o también de J. BENTHAM. Si, en

[2] P. COMANDUCCI, «Forme di neo-costituzionalismo: una ricognizione metateorica», en T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 78-79.

[3] Es la «paradoja hobessiana» señalada por N. BOBBIO según la cual HOBBES «toma los movimientos de la ley natural —por lo que, con razón, los iusnaturalistas lo consideraban uno de ellos— y llega a una sólida concepción positiva del Estado —por lo que, con igual razón, los iuspositivistas se lo apropian—, así que es iusnaturalista "de hecho" e iuspositivista "de Derecho"» (N. BOBBIO, *Ley natural y ley civil en la filosofía política de Hobbes,* 1954, trad. cast., de M. ESCRIVÁ DE ROMANI, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 15 y ss.). En efecto, en la época de HOBBES, la máxima iuspositivista que opuso a sir Edward COKE (*auctoritas non veritas facit legem*) expresaba, con aparente paradoja, una instancia axiológica y política, por así decir iusnaturalista,

cambio, entendemos por «ideas» a las ideas de la teoría del Derecho, debemos admitir que entre ellas y el Derecho existente hay, y debe haber, la necesaria conexión en virtud de la cual: *a)* una determinada teoría es tal respecto a su objeto, y es tanto más válida, cuando está dotada de un mayor alcance empírico respecto a dicho objeto, e, inversamente, *b)* un determinado objeto requiere una teoría adecuada capaz de explicar sus rasgos distintivos. Por ello, me parece lícito hablar, sin ninguna posibilidad de equívoco, de «constitucionalismo» o de «constitucionalismo jurídico» —y de sus distintas concepciones como «constitucionalismo garantista» o como «constitucionalismo principalista» o «no positivista»— para designar, además de la teoría del constitucionalismo rígido, también aquella específica experiencia, modelo o estructura institucional que es su objeto, caracterizada por la sujeción, incluso de la producción legislativa, a los límites y a los vínculos sustanciales impuestos por las normas constitucionales como condiciones de su validez.

La segunda observación crítica de COMANDUCCI se refiere a mi propuesta de reservar la expresión «constitucionalismo» (y sus distintas interpretaciones, sea iuspositivista o garantista, como la principalista o no positivista) únicamente a su «noción jurídica», es decir, sólo a los modelos institucionales y a las relativas teorías como han sido precedentemente caracterizados sin indicar, sin embargo, cómo deberíamos denominar al constitucionalismo político (Co., 97), es decir, a la ideología liberal de los límites al poder. No me parece un problema: para evitar confusiones, denominaremos «constitucionalismo político» al político y «constitucionalismo jurídico» al jurídico todas las veces que nos refiramos a ellos en los mismos contextos; mientras, omitiremos como pleonasmos los dos adjetivos todas las veces que hablemos del constitucionalismo en el ámbito únicamente de la filosofía política o en el ámbito únicamente de la filosofía del Derecho. En todo caso, en mi opinión, lo que es esencial es no confundir con nuestro lenguaje la ideología de los límites al poder político que recorre toda la historia del Derecho y del pensamiento jurídico y político, con aquel específico modelo institucional (y con las relativas teorías) caracterizado por la positivización de tales límites en las normas jurídicas de rango constitucional: entonces, como límites ya no sólo políticos o externos, sino también jurídicos e internos al propio Derecho.

Pero es precisamente en este punto donde se manifiesta el verdadero disenso de COMANDUCCI, del cual ya tuvimos ocasión de discutir [4] y que expresa con su tercera y cuarta observación crítica. La terminología que he propuesto supone la tesis —rechazada por COMANDUCCI de acuerdo con su convicción paleo-positivista de la sustancial continuidad entre el Estado legislativo y el Estado constitucional— que el constitucionalismo rígido constituye un cambio de paradigma en la estructura normativa del Derecho, propia del viejo Estado legislativo de Derecho. COMANDUCCI sostiene, en cambio, que el control, incluso sustancial, de la producción jurídica no es un rasgo específico del Estado constitucional de Derecho pues también se verifica

---

donde la tesis iusnaturalista opuesta (*veritas non auctoritas facit legem*) sostenida por el jurista sir Edward COKE, que repetía la antigua máxima ciceroniana *«lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens contraria»* era, respecto al Derecho de la época, una tesis de teoría del Derecho (T. HOBBES, *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del Derecho común de Inglaterra,* 1665, trad. cast., de M. A. RODILLA, Madrid, Tecnos, 1992).

[4] P. COMANDUCCI, «Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2003, 317-329; L. FERRAJOLI, *La pragmatica della teoria del diritto*, *ibid*., 351-375.

en el viejo modelo paleo-positivista del Estado legislativo de Derecho; y que, de otro lado, aquello que el constitucionalismo político y el (neo)constitucionalismo contemporáneo tienen en común es «la idea del Derecho como límite del poder: los dos tipos de constitucionalismo», afirma, «la declinan en modo diferente, pero se trata de un rasgo distintivo común, de corte liberal y anti-mayoritario», así que enfatizar la continuidad con el uso de «neo-» en lugar de «ius-»(constitucionalismo) es sólo una «cuestión de matices» (Co., 98). No estoy de acuerdo con ninguna de estas dos tesis continuistas: ni con la tesis de la continuidad sobre el plano de las instituciones entre el Estado legislativo y el Estado constitucional de Derecho, ni con la tesis de la continuidad sobre el plano de las ideas entre el constitucionalismo político y el constitucionalismo jurídico.

Comencemos por esta segunda tesis. La diferencia entre las dos ideas de constitucionalismo no es, en efecto, una «cuestión de matices». En el constitucionalismo político la idea de los límites del poder es solamente un ideal, una aspiración, un proyecto político de hecho realizado en países de sólidas tradiciones liberales como Inglaterra pero ciertamente no traducido en garantías jurídicas por ausencia de constituciones rígidas que las aseguren. En el constitucionalismo jurídico, en cambio, este ideal ha sido traducido en precisas garantías constitucionales —la previsión de procedimientos agravados para la revisión de la constitución y el control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad de las leyes— que han transformado tales límites y vínculos políticos en normas de Derecho positivo. De ahí la normatividad de la constitución respecto a la legislación, que la teoría no puede ignorar y que yo expreso, no afirmando, como dice Comanducci, que la teoría es «normativa», sino que lo son las normas constitucionales. De ahí el carácter de principios teóricos *iuris tantum* de las tesis deónticas de la coherencia y de la plenitud sugeridas por mis dos hexágonos deónticos (por ejemplo, la contradicción entre permitido y prohibido y la implicación entre la expectativa positiva y la correspondiente obligación), que reflejan la normatividad de los principios *iuris et in iure* positivamente dictados en las constituciones. De ahí, no siendo la coherencia lógica un rasgo del Derecho positivo, que es un sistema nomodinámico en el cual las normas existen sólo porque puestas, pero teniendo que serlo en la teoría, tanto más si axiomatizada, la explicación de las posibles violaciones de tales principios como «Derecho ilegítimo», concretamente, como antinomias por comisión y como lagunas por omisión, no solubles por el intérprete sino sólo a través de la anulación de las primeras y la integración de las segundas. De ello se sigue, no ya que la teoría es normativa (que es, a lo más, una tesis elíptica), sino que ella sugiere y solicita a la dogmática jurídica —que muchas veces he distinguido netamente de la teoría [5], contrariamente a cuanto sostiene Comanducci sobre la base del simple hecho que uso la palabra «ciencia jurídica» para designar el conjunto de una y otra (Co., 100)— la crítica tanto de las antinomias como de las lagunas para su superación en vía judicial o legislativa.

[5] Remito a *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, vol. 3, 2007, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón Mohino, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, Introducción (de aquí en adelante, *PrinI* y *PrinII*, cuyas tesis serán referidas con el número de la definición o del teorema). Cfr., también, «*Principia iuris.* Una discusión teórica», en *Doxa,* núm. 31, 2008, § 1.2, 398-402; «Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto», en P. di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni universitarie di Lettere Economia Diritto (Led), 2011, §§ 1.3-1.5, 19 y ss.

Pero tampoco hay continuidad, como afirma la primera de las mencionadas tesis continuistas, entre el Estado legislativo y el Estado constitucional de Derecho. Ciertamente, observa COMANDUCCI retomando nuestra vieja discrepancia, los desniveles normativos se remontan también al Estado legislativo de Derecho: entre la ley, de un lado, y los reglamentos, los negocios jurídicos, las sentencias y los actos administrativos, de otro (Co., 99-100) [6]. Es lo que también recuerda F. LAPORTA, quien, por ello, declara no comprender la novedad representada por la divergencia entre validez y vigor de las leyes generada por el constitucionalismo rígido (Lap., 170-171). Y es lo que también nota L. HIERRO, quien renueva la crítica según la cual la distinción entre validez y existencia ya estaría presente en el viejo Estado legislativo de Derecho, por lo que su falta de teorización no estaría relacionada con la estructura del Derecho en los ordenamientos carentes de una constitución rígida sino que, desde entonces, habría sido siempre un error de la teoría iuspositivista (Hi., 155-156). La única innovación sería de tipo cuantitativo: residiría en el hecho que la distinción y la consiguiente virtual invalidez se extiende ahora a las leyes.

A mi parecer, es precisamente aquí donde se revela la incomprensión paleo-iuspositivista y el equívoco neoiusnaturalista del cambio del paradigma, no cuantitativo sino cualitativo, generado por el constitucionalismo rígido respecto al viejo paradigma iuspositivista. En efecto, hay cuatro diferencias estructurales fundamentales entre la ley y todos los otros actos prescriptivos que se reflejan en un cambio de estructura de todo el sistema jurídico: las dos primeras relativas a lo que la ley regula, las otras dos relativas a las normas que regulan a la ley.

La primera diferencia se manifiesta en el *objeto regulado por las normas legales*. Solamente las normas legales están destinadas a ser ulteriormente aplicadas en la producción de otros actos lingüísticos preceptivos, sean privados, administrativos o judiciales. Sólo ellas consisten en normas para la producción de tales actos: concretamente, en normas formales sobre su formación, como son todas las normas procedimentales, o en normas sustanciales sobre su contenido, como son, por ejemplo, las normas de Derecho penal sustancial sobre la producción de las sentencias penales. Solamente las leyes vinculan a los operadores jurídicos a la conformidad y a la coherencia de los actos prescriptivos producidos a partir de ellas con las formas y con los significados estable-

---

[6] Sobre esta cuestión —si el constitucionalismo rígido ha implicado o no un cambio de la estructura del Derecho— se ha desarrollado un extenso debate. Me limito a recordar, más allá de los trabajos citados en la nota precedente, las críticas de R. GUASTINI, «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamento juridico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2005, 245-249, y de J. A. CRUZ PARCERO, *Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos*, *ibid*., §§ 2-8, 322-328, y mis respuestas en *Garantismo. Una discusión sobre el Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, §§ 3.5 y 4.2-4.4, 54-58 y 69-81; las críticas de J. J. MORESO, «Sobre "La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos" de Luigi Ferrajoli», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, §§ 2 y 3, 119-127, y mi respuesta, *Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso*, *ibid*., §§ 5 y 6, 207-216. *Vid.* también *PrinI*, §§ 12.13-12.14, 857-867 y la nota 41 en 902-903; *PrinII*, §§ 13.6-13.8, 31-46 y § 15.1, 298-303; Principia iuris*. Una discusión teórica*, cit., § 2.2, 410-413, en respuesta a las críticas de J. J. MORESO, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa,* núm. 31, 2008, Madrid, 2009, § 2, 281-283; «Intorno a *Principia iuris.* Questioni epistemologiche e questioni teoriche», en P. DI LUCIA, *Assiomatica del normativo,* cit., § 14.2.5, 272-276, en respuesta a las nuevas críticas de R. GUASTINI, *Garantismo e dottrina pura a confronto*, *ibid*., § 7.5, 123-124, y de C. LUZZATI, *I* Principia iuris *di Luigi Ferrajoli, tra logica e ideologia*, *ibid*., 130 y ss.

cidos por las propias leyes. El juez está subordinado únicamente a las leyes y no a los demás actos preceptivos. En suma, solamente las leyes modifican la lengua jurídica, imponiendo al lenguaje jurídico, sea las reglas sintácticas de formación de los actos lingüísticos como las reglas semánticas de uso de los supuestos de hecho de las normas. Al contrario, en contraste con las leyes, todos los demás actos formales de los cuales ha sido siempre predicable una posible invalidez, sea formal como sustancial, no son actos de lengua sino actos del lenguaje. No están destinados a ulteriores aplicaciones jurisdiccionales: no lo son por su naturaleza todos los demás actos singulares, es decir, no consisten en normas sobre la producción de otros actos como los negocios jurídicos, los actos administrativos y judiciales. Pero no lo son siquiera los reglamentos, que además de tratar raramente sobre la producción de otros actos formales, de ser inválidos, están destinados no ya a ser aplicados sino inaplicados.

Se sigue de ello una segunda y decisiva diferencia en el objeto regulado, que es un corolario de la primera: la invalidez formal o sustancial de todos los actos preceptivos no consistentes en leyes está destinada a ser saneada en garantía de la certeza del Derecho, siempre que se objete y compruebe con éxito en los plazos legales. Por ejemplo, el art. 1.442 del Código Civil italiano establece que la acción de nulidad del contrato por incapacidad de las partes o vicios del consentimiento prescribe a los cinco años. Incluso, dice el mismo artículo, la nulidad no impide la usucapión. La invalidez de los actos administrativos es igualmente saneable por convalidación o por aceptación de la parte interesada en hacerla valer en determinados plazos. Y, obviamente, lo es también la invalidez de las sentencias, destinadas todas a pasar en autoridad de cosa juzgada. Consecuentemente, para todos estos actos aparece largamente atendible (a pesar de que, para ellas, como ha observado acertadamente HIERRO, siempre ha sido errónea) la equivalencia entre existencia y validez: porque tales actos se vuelven en todo caso válidos si no son anulados en los plazos previstos. Por el contrario, la invalidez de las leyes no es saneable sino a través de su anulación jurisdiccional. En efecto, el rechazo de la excepción de inconstitucionalidad de una determinada norma legal por parte de una corte constitucional no impide un sucesivo pronunciamiento de inconstitucionalidad. En otras palabras, una ley inválida no puede válidamente sobrevivir como tal en el ordenamiento sino que siempre está destinada a la anulación.

Hay una tercera diferencia entre la ley y todos los demás actos formales, relativa a las *normas que regulan a la ley*, es decir, a las normas constitucionales sobre la producción legislativa dotadas de un grado más o menos elevado de rigidez [7]. Quien ha expresado de la manera más lúcida esta diferencia y el consiguiente cambio de paradigma que ha generado ha sido M.ª C. REDONDO. En el Estado legislativo de Derecho, ha observado REDONDO, existía una autoridad ilimitada: la autoridad de la ley en cuya producción, no sujeta a límites y a vínculos, se manifestaba el último residuo del gobierno de las personas. La constitución ha sometido también al Derecho a esta

[7] Podría tratarse de rigidez absoluta o de rigidez relativa, tanto una como otra extendida a toda la constitución o a sus normas individuales. A mi parecer, un constitucionalismo democrático rígido debería sustraer de la revisión al conjunto de las condiciones de la democracia estipuladas en la definición D12.22: la representatividad política de las funciones del gobierno, la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía, y los derechos fundamentales establecidos como vitales en las constituciones, de los cuales debería admitirse la expansión mas no la supresión o la restricción. Una rigidez absoluta similar está establecida en el art. 288 de la Constitución portuguesa y en el art. 60 de la Constitución brasileña.

última autoridad ilimitada, estipulando lo que he denominado la «esfera de lo indecidible» y, por ello, suprimiendo la soberanía como *potestas legibus soluta*. Por tanto, la diferencia del viejo modelo paleo-iuspositivista no está ligada solamente a la específica ubicación jerárquica de la constitución. No consiste solamente en un ulterior peldaño o en un eslabón más en la cadena de los desniveles normativos (Re., 247). Ella consiste, más bien, escribe claramente REDONDO, en la estipulación del carácter limitado de cualquier poder o fuente normativa (Re., 250-252). En efecto, en la democracia constitucional, el acto constituyente es el pacto de convivencia con el que se estipulan claramente los límites y los vínculos a la autoridad; con el que se constituye la autoridad como «autoridad limitada»; con el que los individuos estipulan la esfera de aquello que ninguna autoridad puede decidir o no decidir; en suma, como dice acertadamente REDONDO, con el que se pacta el propio paradigma constitucional. Por esto, el poder constituyente se agota, como poder informal e ilimitado, en su ejercicio: porque en la democracia constitucional su ejercicio genera el pacto sobre los límites de cualquier autoridad constituida por él y, por tanto, sometida a él. Por ello, su efectividad coincide con la condición social de su legitimidad, consistiendo, escribe REDONDO, en la «efectiva aceptación de la idea del gobierno de la ley sobre la voluntad de los hombres en sustitución de la vieja idea de la autoridad ilimitada» (Re., 250). Por lo demás, no existe el poder constituyente si permanece ineficaz (T12.14-T12.17). Por ello, añade REDONDO, existen países como Gran Bretaña en los que el paradigma está pactado aunque no formalizado, y países en los que no se ha pactado aunque sí formalizado, como son aquellos dotados de constituciones flexibles (Re., 252).

Se sigue de ello una cuarta diferencia relativa también a las normas constitucionales que regulan a las leyes: la explícita enunciación por parte de tales normas de los fundamentos axiológicos del Estado constitucional de Derecho. En la tradición paleo-positivista se forzó a ver en el origen y en la base del ordenamiento un fundamento no positivo identificado, a su vez, en el imaginario político del Estado liberal [8], con una entidad metafísica como la nación, el cuerpo social, el pueblo, la voluntad general o el espíritu del pueblo, o bien con valores morales o leyes naturales como en las doctrinas iusnaturalistas, o también incluso en un iuspositivista como KELSEN, con la norma fundamental, que ciertamente no es una norma positiva, dado que no ha sido puesta por ninguna autoridad y, sin embargo, existe porque es supuesta. El constitucionalismo rígido elimina todos estos oscuros trasfondos ideológicos. Gracias a su rigidez, las constituciones democráticas positivizan explícitamente los fundamentos al mismo tiempo positivos y axiológicos del ordenamiento, identificándolos con el pacto constitucional y, en particular, con las normas de reconocimiento y con las garantías de los derechos fundamentales estipuladas en ellas. También bajo este aspecto el constitucionalismo rígido ha completado el paradigma del positivismo jurídico. A diferencia que en el Estado legislativo, el fundamento del Estado constitucional se identifica ahora con un fundamento explícitamente iuspositivista: el acto constituyente consistente en un acto empírico e históricamente determinado, así como son empírica e históricamente determinados el poder constituyente del cual es su ejercicio y los sujetos constituyentes

[8] Sobre este imaginario, *vid.* los ensayos de P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986; M. FIORAVANTI, «Stato: *b)* Storia», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 708-758.

que lo producen. En efecto, la novedad del constitucionalismo no consiste, como me hacen decir LAPORTA y HIERRO (Lap., 172; Hi., 155), en haber introducido el «deber ser jurídico», que obviamente es común a todos los ordenamientos respecto a los comportamientos que regula, inclusive los actos a su vez prescriptivos. Ésta consiste, más bien, en haber pactado y transparentado el fundamento positivo del ordenamiento a través de la regulación, reitero, de la propia producción legislativa sometida a la regulación de lo «indecidible»: de aquello que ningún poder representativo puede decidir y de aquello que cualquier mayoría de representantes debe decidir. Es éste el cambio de paradigma. Los viejos desniveles presentes en el Estado legislativo de Derecho no concernían a la legalidad, no incidían sobre el poder político, no generaban límites y vínculos a la legislación y, por ello, a la omnipotencia de las mayorías. Prueba de ello es que los desniveles y los vicios resultantes, referidos a los actos subordinados a las leyes y a los actos no destinados, como las leyes, a ser aplicadas por los jueces y a entrar a formar parte del universo normativo que constituye el objeto de las disciplinas jurídicas, son plenamente compatibles con la omnipotencia del legislador y no por casualidad han sido siempre ignorados por el constitucionalismo político.

Finalmente, señalo una paradoja. Justamente la tesis de COMANDUCCI acerca de una sustancial continuidad entre el constitucionalismo político y el constitucionalismo jurídico, y su indisponibilidad a admitir que el segundo haya determinado —sobre el plano estructural, independientemente de los «contenidos específicos» de las constituciones democráticas— un cambio de paradigma —en particular, que ha completado el positivismo jurídico—, lo lleva a asimilar mis tesis a las del constitucionalismo principialista con las cuales no ve ninguna diferencia, estando vinculadas, a su parecer, por la adhesión moral a los «*específicos* contenidos» concretamente democráticos de las constituciones actuales. «La normatividad de la teoría garantista», escribe, «sería más bien de corte político-moral que metodológico» (Co., 100).

Tengo la impresión que esta interpretación debe ser rechazada. Es precisamente el paleo-positivismo de COMANDUCCI el que converge con el neo-iusnaturalismo de los neoconstitucionalistas o de los no positivistas en la caracterización del constitucionalismo, sea éste principialista o garantista, sobre la base de la conexión entre Derecho y moral[9]. Por el contrario, lo que COMANDUCCI denomina la «normatividad de la teoría garantista», es decir, de la teoría del Derecho que he desarrollado, además de ser una normatividad sólo en el sentido elíptico antes explicado, no puede tener ningún «carácter político-moral» debido a su carácter puramente formal que he subrayado repetidamente y que se extiende a todos sus conceptos, inclusive a los de «derechos fundamentales», «norma», «validez», «constitución» y «paradigma constitucional».

En este mismo equívoco ha caído LAPORTA en relación con mi configuración del constitucionalismo garantista como un positivismo reforzado, debido a la presencia de normas constitucionales no sólo formales sino también sustanciales que regulan y positivizan no sólo el ser sino también el deber ser del Derecho. LAPORTA declara no entender «qué sea eso de "positivizar el deber ser", ni por qué no lo hacía también el Derecho del que daba cuenta el "paleopositivismo"» y «qué significa el correlativo positivizar el "ser del Derecho", que, al parecer, es lo único que hacía el paleopositivismo» (Lap., 173).

[9] P. COMANDUCCI, *Forme*, cit., 78-94.

Y, entonces, me explico. Es claro que el Derecho, cualquiera que sea, siempre regula el deber ser de los comportamientos humanos. Sin embargo, otra cosa es el deber ser, formal y sustancial, de la producción del Derecho mismo. Por tanto, decir que el Derecho en su modelo paleo-positivista positiviza el «ser» del Derecho quiere decir que en la base de tal modelo hay normas aplicables, no sólo existentes sino también válidas, todas y sólo las puestas por la autoridad habilitada para su producción. Significa, en resumen, que la regla de reconocimiento, sea de la existencia como de la validez de las normas, es concretamente su simple positividad. En cambio, decir que en su modelo constitucional el Derecho regula también el «deber ser» del Derecho, quiere decir que con base en ello, las leyes producidas *deben ser* conformes a la constitución, así que son vigentes pero inválidas, y por ello inaplicables, las normas de leyes deducidas en contraste con el deber ser así positivizado, es decir, con los límites y las prohibiciones impuestas a la legislación como condiciones de la validez de las leyes producidas y a la jurisdicción como condiciones de su aplicabilidad.

3. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONCEPTOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO. EL CARÁCTER FORMAL DE SUS DEFINICIONES TEÓRICAS

Paso así a la segunda cuestión planteada por los paleopositivistas, pero muchas veces discutida también por los neoconstitucionalistas: la del carácter formal de la teoría del Derecho, entendiendo por «formal» el hecho que la teoría elabora conceptos y enuncia sus múltiples relaciones sintácticas, pero no nos dice (ni debe decirnos) nada acerca de aquello que dicen las normas de los distintos ordenamientos, ni sobre aquello que sería justo que ellas digan, ni sobre su funcionamiento de hecho. He insistido muchas veces sobre este carácter de la teoría del Derecho [10]. Las objeciones planteadas por F. LAPORTA, J. AGUILÓ, M. ATIENZA y, en parte, por G. PINO exigen, sin embargo, volver sobre el estatuto epistemológico de la teoría y sobre las relaciones que tiene con las disciplinas jurídicas positivas de los distintos ordenamientos.

LAPORTA ilustra exactamente el método axiomático con el que he construido, en el primer y tercer volumen de *Principia iuris,* el lenguaje artificial de la teoría del Derecho: el carácter estipulativo de las asunciones primitivas y de las definiciones, la precisión y la univocidad de todos los términos definidos, la coherencia interna del discurso teórico y su falta de una relación directa con la realidad. Pero precisamente, con respecto a este último rasgo de la teoría, es decir, a su carácter formal, declara no comprender cómo es posible que el discurso teórico así construido, consistiendo en un «sistema de significados cerrado sobre sí mismo» (Lap., 169), tenga una base empírica y un valor pragmático y pueda desarrollar entonces funciones explicativas y hasta críticas respecto a la realidad del Derecho. Respondo que éste es un rasgo común a todas las teorías, incluso las teorías no formalizadas como es, por ejemplo, la teoría del Derecho de KELSEN, llamada, por tanto, «pura», o la teoría de BOBBIO, quien, con mayor precisión, la llama «formal» [11]. Al decir que las tesis teóricas no

[10] Me limito a recordar los trabajos aquí citados en la nota 5.

[11] «La teoría general del Derecho es una teoría *formal* del Derecho en el sentido que estudia el Derecho en su estructura normativa, es decir, en su forma, independientemente de los valores a los que sirve esta estruc-

tienen una relación semántica directa con la realidad sino sobre la base de lo que en la filosofía de la ciencia se denomina «interpretación semántica» o «empírica» de la teoría [12], se entiende simplemente que ellas no son tesis descriptivas, protocolarias o experimentales o fruto de aquella específica observación que es el análisis del lenguaje legal como son, en cambio, las tesis de la sociología del Derecho y las disciplinas jurídicas particulares. El método axiomático y la formalización del lenguaje —posibles y, por tanto, en mi opinión, precisos sólo por la teoría y no ciertamente por la dogmática, anclada en los usos lingüísticos del Derecho positivo— es sólo un instrumento capaz de conferir rigor semántico y sintáctico al discurso teórico. En efecto, ellos exigen: *a)* que el significado de los términos teóricos, con excepción de un número limitado de términos asumidos en los postulados, sean definidos sobre la base de reglas de formación previamente establecidas y que el significado así estipulado se mantenga siempre fiel para evitar antinomias (lo que extrañamente le parece a LAPORTA que es un defecto (Lap., 169); *b)* que todas las tesis de la teoría, con excepción de un número limitado de postulados y definiciones, se deduzcan de éstas sobre la base de reglas de transformación que también hayan sido previamente establecidas. Pero esto es lo que hace o, justamente, lo que debería hacer cualquier teoría, y que el método axiomático, con sus rígidas reglas de formación y transformación, simplemente garantiza que sea hecho. KELSEN, por ejemplo, provee una definición de la validez como existencia [13] que es seguramente el fruto de una definición estipulativa ni verdadera ni falsa. Sin embargo, no habiendo sido formalizada, dicha noción de validez ha podido ser usada por KELSEN con distintos significados, dando lugar a tesis contradictorias aún cuando sean compatibles con su noción de «existen-

---

tura y al contenido que encierra» (N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, VI). «Es inútil decir que esta idea», añade BOBBIO, «haya sido elaborada, en la forma en la que es más conocida, por KELSEN» cuya doctrina o «teoría pura» es, por ello, formal en el sentido aquí indicado. La caracterización de la teoría del Derecho como «teoría formal» es luego retomada y explicada por BOBBIO en *Studi*, cit., cap. I, § 3, 3-7; cap. II, § 2, 34-40 y cap. VII, § 1, 145-147.

[12] Sobre la interpretación empírica o semántica de las teorías, cfr. R. CARNAP, *Foundations of Logic and Mathematics*, 1939, trad. it. por G. PRETI, *Fondamenti di logica e matematica*, Torino, Paravia, 1956, § 23, 91 y ss.; *Id., The Methodological Character of Theoretical Concepts*, 1956, trad. it., «Il carattere metodologico dei concetti teorici», en *Analiticità, significanza, induzione*, en A. MEOTTI y M. MONDADORI (eds.), Bologna, Il Mulino, 1971, 263-315, donde las proposiciones interpretativas son denominadas «reglas de correspondencia»; C. G. HEMPEL, *Fundamentals of concept Formation in Empirical Science*, 1952, trad. it., *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica*, Milano, Feltrinelli, 1961, § 18, 111-115. Sobre la triple interpretación semántica de la teoría del Derecho por parte de las disciplinas jurídicas positivas, de la filosofía política normativa y de la sociología del Derecho, remito a los trabajos citados en la nota 5.

[13] «Por validez entendemos la existencia específica de las normas» (H. KELSEN, *General Theory of Law and State,* 1945, trad. cast. de E. GARCÍA MAYNEZ, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 2.ª ed., 1958, parte I, cap. I, C, *a*, 35); «La existencia de una norma jurídica es su validez» (D, *c*, 56); «con el término "validez" designamos la existencia específica de una norma» (*Id., Reine Rechtslehre*, 1960, trad. cast., de R. J. VERNENGO, *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., México, UNAM, 1983, § 4, c, 23); «Tal "validez" de una norma es su *existencia* específica, ideal. El que una norma "tenga validez" significa que existe. Una norma que no "tiene validez" no es una norma, porque no existe» (*Id., Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, trad. cast., de H. C. DELORY JACOBS revisada por J. F. ARRIOLA, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, Einaudi, 1994, cap. VIII, § 6, 45). Análogamente, BOBBIO: «El problema de la *validez* es el problema de la *existencia* de la regla en cuanto tal» (N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica,* 1958, trad. cast. de ROZO ACUÑA, *Teoría de la norma* jurídica, incluido en *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987, 24); «La pertenencia de una norma a un ordenamiento es lo que se denomina *validez* [...] una norma existe como norma jurídica, o es jurídicamente válida, en cuanto pertenece a un ordenamiento jurídico» (*Teoria dell'ordinamento giuridico,* 1960, trad. cast. de ROZO ACUÑA, *Teoría del ordenamiento jurídico* en *Id., Teoría general*, cit., 169-170).

cia»: en efecto, de una ley inconstitucional KELSEN dice a veces que es inexistente [14] y a veces que es inválida [15].

Demostraré este carácter formal de los términos teóricos tomando como ejemplos, precisamente, los conceptos de «acto constituyente», «poder constituyente» y de «paradigma constitucional», discutidos y criticados por LAPORTA. ¿Qué quiere decir, que sus definiciones, como las de todos los otros términos teóricos, son definiciones formales? Quiere decir que ellas sólo nos dicen cuáles son las relaciones sintácticas que los términos definidos mantienen con los demás términos de la teoría. Quiere decir, concretamente, que ellas nos dicen que el acto constituyente es el ejercicio de hecho —informal y desregulado, un acto «bruto» dice LAPORTA (Lap., 170)— del poder constituyente que, a su vez, es una institución originaria porque no es producida por ningún acto jurídico; que dicho acto produce como resultado una constitución, cuya normatividad u obligatoriedad consiste en el hecho que dispone o predispone figuras o situaciones jurídicas, es decir, derecho y deberes vinculantes para todos los poderes constituidos; finalmente, que el poder constituyente es tal en cuanto es efectivo, es decir, ejercitado de hecho por un sujeto constituyente mediante un acto constituyente capaz de dar vida a una constitución dotada a su vez de un cierto grado de efectividad y, por ello, idónea para fundar o refundar un ordenamiento. A LAPORTA le parece una explicación de carácter mágico recurrir a un poder, a un acto y a un sujeto originario, misterioso y omnipotente y, por ello, a una suerte de antropomorfización *ad hoc* de procesos sociales complejos que incluyen dimensiones normativas (Lap., 170). Me

---

[14] La tesis de la inexistencia de la ley inconstitucional fue sostenida en *Teoría general del Derecho*, cit., cap. XI, H, *b*, 185: «La afirmación corriente de que una ley "inconstitucional" es nula, carece de sentido, porque una ley nula no es tal ley. Una norma no válida es una norma no existente, es la nada jurídica. La expresión "ley inconstitucional", aplicada a una precepto legal que se considera válido, es una contradicción en los términos. Pues si el precepto es válido sólo puede serlo porque corresponde a la Constitución; si es contrario a ésta, no puede ser válido». Retoma luego, con acentos metafísicos, en *Teoría pura*, cit., § 35, j, a), 274: «Si hubiera algo así como un Derecho contrario a Derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico quedaría eliminada. Pues una norma "contraria a norma" es una autocontradicción; y una norma jurídica en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna. Lo que es nulo no puede ser anulado por vía del Derecho. Anular una norma quiere decir [...] poner término a la validez de esa norma mediante otra norma».

[15] La tesis de la validez de la ley inconstitucional es sostenida por KELSEN en la edición de 1934 de *La teoría pura del Derecho*, donde el fenómeno es explicado con este extravagante razonamiento: «La constitución no sólo quiere la validez de la ley constitucional, sino también —en cierto sentido— la validez de la ley "inconstitucional" [...] lo que se llama "inconstitucionalidad" de la ley no es, por tanto, una contradicción lógica en que se encuentre el contenido de una ley con el contenido de la constitución, sino una condición estatuida por la constitución para la iniciación de un procedimiento que conduce, o a la derogación de una ley —hasta entonces válida y por ende constitucional—, o al castigo de un órgano determinado» [*Reine Rechtslehre,* 1934, trad. cast. de J. G. TEJERINA, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941, 2.ª ed. castellana, 1946, § 31, *h),* 121-122]. Análogamente, en la edición de la *Reine Rechtslehre* de 1960: «La ley "inconstitucional" es hasta su derogación —sea una derogación particular, limitada a un caso concreto, o a una derogación general— una ley válida. No es nula, sino sólo anulable» (*Teoría pura,* 1960, cit., § 29, lett. *f*, 154); y «anular una norma quiere decir [...] poner término a la validez de esa norma mediante otra norma» [*ibid*., § 35, j, *a)*, 274]; «las llamada leyes "inconstitucionales" son leyes conformes a la constitución constitucionales, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial» (*ibid.*, 280). Recuérdese, además, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, 1928 [trad. cast., R. TAMAYO, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, III, 37-41] donde KELSEN sostiene la extraña tesis que la declaración de la «anulación de una norma general» consistiría en «quitarle validez», incluso, con «efectos retroactivos». Tendría, afirma en *Judicial Review of Legislation,* 1942, trad. it. en *La giustizia*, cit., 300, «la misma naturaleza que una ley derogatoria».

parece exactamente lo contrario: todo el proceso constituyente sería incomprensible y misterioso si no admitimos que la constitución ha sido escrita y producida por el acto constituyente de algún sujeto individual o colectivo, por ejemplo, por una asamblea constituyente, más allá de los procesos sociales y políticos que están tras de ella. No sólo ello. Esta es la única tesis teórica alternativa a la hipótesis, esta sí misteriosa y metafísica, de la norma fundamental de KELSEN, que no ha sido puesta por nadie y que, sin embargo, supuestamente existe, en contraste con su profesado iuspositivismo. Obviamente «poder constituyente» y «acto constituyente» son conceptos teóricos, cuyas definiciones son puramente formales porque no dicen (y no deben decir) nada sobre la variada y heterogénea fenomenología empírica de los procesos constituyentes. Podrá tratarse de un golpe de Estado subversivo con respecto a un Estado de Derecho y a un ordenamiento liberal-democrático, como fue el golpe de Franco en España o de Pinochet en Chile o de cualquier otro bandido que se adueñe del poder; o, por el contrario, de una revolución democrática con respecto a un sistema absolutista o dictatorial o fascista como sucedió en Francia con la *Déclaration* de 1789 y, luego, con las distintas constituciones revolucionarias, o bien, en Italia, en Alemania, en España y en Portugal, con la institución, al día siguiente a otras tantas liberaciones, de asambleas constituyentes que han promulgado las respectivas constituciones o como esperamos que suceda mañana en Túnez, en Egipto y en Libia; o, finalmente, podría tratarse del derrocamiento de un régimen autocrático por parte de una revolución que lo ha sustituido por otro sistema autoritario, como ha sucedido con la revolución soviética. En todos los casos se trata de una ruptura institucional: del acto de instauración del ordenamiento, que obviamente no es un acto jurídico formal del que pueda predicarse la validez o invalidez sobre la base del ordenamiento que derroca, pero que se legitima por su misma efectividad. Es este el significado de la fórmula *ex facto oritur ius*: la Asamblea constituyente italiana fue legitimada por la lucha de Liberación del fascismo y no por el decreto de lugartenencia que convocó a su elección, como la Asamblea Nacional que aprobó la *Déclaration* de 1789 no debió su legitimidad a la convocatoria a los Estados generales por parte de Luis XVI.

Esta singular incomprensión de mi tesis del carácter puramente formal de la teoría del Derecho y de todos los conceptos teóricos —incluidos, por tanto, los conceptos de «constitución» y de «constitucionalismo»— es, sin embargo, común también en otras intervenciones. Ciertamente, como ha observado L. PRIETO, en el lenguaje corriente, con «constitucionalismo» —o, si se prefiere, con «neoconstitucionalismo» o con «constitucionalismo jurídico»— se entiende no ya la existencia de una *lex superior* cualquiera sino lo que ha denominado la «rematerialización constitucional» (Pr., 231) generada por normas superiores de carácter sustancial que imponen límites y vínculos de contenido consistentes en principios de justicia y en derechos fundamentales como condiciones de validez de las leyes. Estoy de acuerdo, pero sólo si con «constitucionalismo» entendemos, y como de hecho se entiende y se sobreentiende a menudo, el *constitucionalismo democrático*. En este sentido, como recuerda PRIETO, también he identificado —en *Principia iuris*, en muchos otros escritos, y también en el § 3 del ensayo que estamos discutiendo— el rasgo distintivo de la democracia sustancial en los límites y en los vínculos sustanciales consistentes en los derechos fundamentales establecidos por las constituciones rígidas. Sin embargo, en rigor, el paradigma teórico del constitucionalismo es, de por sí, un paradigma formal cuya definición, como demos-

traré mejor en el siguiente parágrafo, no nos dice nada sobre los contenidos, es decir, sobre cuál «deber ser» positiviza mediante su producción legislativa; del mismo modo como es un paradigma formal el positivismo jurídico que igualmente no nos dice nada sobre el «ser» del Derecho positivo, sino sólo sobre el hecho que tal «ser» depende de las formas positivas de su producción [16].

La misma incomprensión del carácter sólo formal de la teoría ha llevado a G. PINO a ver en la relación isomórfica de su sintaxis con las estructuras de la democracia constitucional, un nexo «ideológico» que tendría con la filosofía política, al punto de adscribirla al «neoconstitucionalismo ideológico» (Pi., 209-210). El nexo, en cambio, es simplemente el consistente en la interpretación empírica ofrecida por la teoría política de la democracia como, por otro lado, por las disciplinas jurídicas positivas y por la sociología del Derecho, al aparato conceptual elaborado por la teoría, la cual, evidentemente, es una teoría formal, mucho más válida cuanto más idónea para dar cuenta del Derecho positivo: de las democracias constitucionales pero también del Estado legislativo de Derecho, del Derecho moderno como del Derecho premoderno y de los Derechos primitivos. Justamente, la primera parte de la teoría desarrollada en *Principia iuris* vale para cualquier experiencia jurídica, más bien, para cualquier sistema deóntico; la segunda parte vale para el Derecho moderno; la tercera parte para el Estado de Derecho; en particular, los capítulos IX y X, reflejan la estructura del Estado legislativo, mientras los capítulos XI y XII reflejan la del Estado constitucional de Derecho. En efecto, la teoría amplía progresivamente la intensión y reduce la extensión de su campo de investigación: sus conceptos más elementales son también los más generales y valen para todos los sistemas normativos, mientras sus conceptos más complejos, como «derechos fundamentales», «separación de los poderes» y «constitución» son interpretables empíricamente solamente por las experiencias más avanzadas.

Entonces, a mi parecer, según las enseñanzas de KELSEN y BOBBIO, la teoría del Derecho es una teoría formal que no nos dice, ni debe decirnos, cuáles son o cuáles es justo que sean, o cómo de hecho funcionan las normas y las instituciones de los ordenamientos concretos. De otro lado, si no fuese una teoría formal, no habría sido posible desarrollarla en la forma de una teoría formalizada e, incluso, axiomatizada como lo he hecho en el primer volumen de *Principia iuris* que, por lo demás, como en cualquier otra teoría del Derecho, no nos dice nada sobre el contenido normativo de los ordenamientos concretos, ni sobre los criterios con base en los cuales los valoramos como justos o injustos ni sobre su funcionamiento de hecho. La teoría se limita a elaborar conceptos y a desarrollar las estructuras sintácticas de los sistemas normativos. Y esto vale también para conceptos a menudo connotados en sentido axiológico, como los conceptos de derechos fundamentales de los que la teoría define la estructura sin decirnos ni cuáles son ni cuáles es justo que sean, ni cómo de hecho son garantizados o vulnerados. Por esto rechazo la connotación axiológica de tales derechos sugerida,

[16] «La positividad no es, en sí misma, un valor», escribe BOBBIO, dado que la expresión «Derecho positivo», por lo demás, al igual que la «antitética» expresión Derecho natural, «es completamente muda respecto al contenido de las prescripciones» positivizadas y designa «más bien, como la naturaleza, un posible fundamento para la asunción e imposición de cualquier valor», sea este democrático o antidemocrático, liberal o no liberal, social o antisocial (N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965, Roma-Bari, Laterza, 2011, cap. VIII, § 3, 159).

por ejemplo, por T. MAZZARESE [17] y retomada en nuestra discusión por M. ATIENZA (At., 81). Obviamente, todos nosotros estamos de acuerdo sobre el valor ético-político del principio de igualdad, de las libertades fundamentales y de los derechos sociales. Pero este valor moral no puede formar parte de la definición del concepto teórico-jurídico de «derechos fundamentales». Ni mucho menos es reconducible a alguna forma de «objetivismo ético» por absoluto o moderado que sea. Ciertamente, un conservador estadounidense no concibe como un «valor» el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita, y un católico integrista no considera un «valor» el principio de la autodeterminación sobre cuestiones vitales y, por ello, el derecho a rechazar tratamientos sanitarios coercitivos. ¿Diremos que tales derechos, incluso constitucionalmente establecidos, no son fundamentales porque no forman parte y son, más bien, contrarios a los valores del conservador estadounidense o del católico integrista, a lo mejor asumidos por ellos como «objetivos»? Por el contrario, tomemos el derecho de tener y portar armas establecido en la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, ¿diremos, quizás, que no es un derecho fundamental sólo porque consideramos que provoca crímenes, signo de un incompleto traspaso del estado de naturaleza a la sociedad civil y al monopolio estatal de la fuerza? O, más bien, ¿no deberíamos decir que es un derecho fundamental al que le atribuimos no un valor sino un disvalor y que la norma que lo establece es, por las razones antedichas, una norma injusta? Pero esta es una tesis de filosofía política, ni verdadera ni falsa, tanto que es negada por quienes, en cambio, defienden dicha enmienda como expresión de un valor irrenunciable; así como son tesis de filosofía moral o política las tesis, igualmente asumidas como «objetivas» por sus adherentes, sobre el valor o disvalor del derecho a la asistencia sanitaria o a la autodeterminación sobre cuestiones vitales. Confundir la teoría del Derecho con la dogmática jurídica o con la filosofía política no favorece a ninguna de estas distintas aproximaciones disciplinarias y es, más bien, fuente de inevitables falacias.

Es aquí, en el nivel metateórico, donde radican mis discrepancias teóricas con ATIENZA. En la base de estos disensos, me parece, existe un distinto modo de concebir la ciencia jurídica: no sólo la teoría del Derecho sino, más en general, todo el mapa del saber jurídico y, por ello, también la ciencia jurídica positiva, la filosofía del Derecho y la sociología del Derecho. ATIENZA me atribuye una visión simplificada del Derecho y de los fenómenos jurídicos, por tener amputada su innegable dimensión axiológica (At., 85). A su vez, yo le imputo una concepción simplificada del saber jurídico fruto, me parece, de una engañosa confusión entre los distintos niveles del discurso y entre las distintas aproximaciones disciplinarias: la aproximación teórica, la aproximación predominantemente normativista de las disciplinas jurídicas positivas, la predominantemente realista de la sociología del Derecho y la predominantemente axiológica o ético-política de la filosofía del Derecho. Digo «predominantemente» dado que ni las disciplinas jurídicas pueden ignorar los hechos, ni la sociología del Derecho puede ignorar las normas, ni la filosofía de la justicia puede ignorar el Derecho positivo. La diferencia entre las distintas aproximaciones consiste en los distintos puntos de vista desde los cuales se ve el Derecho: las disciplinas jurídicas positivas ven al Derecho

[17] T. MAZZARESE, «Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"», en *Ragion pratica,* núm. 35, 2010, § 5, donde se habla de la «íntima» o «intrínseca conexión axiológica» que «tiene la noción de derechos fundamentales [...] y que no puede no tener».

desde el punto de vista de las normas —se preguntan ¿cuáles son y qué cosa dicen las normas del ordenamiento estudiado?— y, procediendo desde las normas, valoran los hechos, o mejor, la validez y la invalidez de los actos; la sociología del Derecho ve al Derecho desde el punto de vista de los hechos —se pregunta ¿cómo funciona de hecho un determinado ordenamiento?— y, procediendo desde los hechos, valora la eficacia y la ineficacia de las normas; la filosofía política o de la justicia ve al Derecho desde el punto de vista de la justicia —se pregunta, ¿cuáles son los principios y los criterios de legitimación con base en los cuales decimos si una norma es justa o injusta?— y, procediendo sea desde las normas como desde su funcionamiento de hecho, valora de las unas y del otro, la justicia o injusticia. Luego, es evidente que, en concreto, las distintas aproximaciones disciplinarias pueden también remontarse al interior de los propios discursos, sean estos jurídicos, sociológicos o filosófico-políticos. Pero es esencial el conocimiento epistemológico y metodológico de los distintos estatutos disciplinarios. En efecto, sólo este conocimiento sirve para impedir, como he sostenido muchas veces, las distintas falacias ideológicas generadas por su confusión.

Probablemente las incomprensiones del carácter formal de conceptos como «constitución», «derechos fundamentales», «separación de poderes», «representación política» y similares estén determinadas por el hecho que en nuestras disciplinas estos conceptos no son tratados ni definidos por la teoría del Derecho sino sólo por la doctrina constitucional o de filosofía política. En efecto, extrañamente, tales conceptos nunca son considerados como pertenecientes a la teoría del Derecho, al igual, por ejemplo, que «norma jurídica» o «Derecho subjetivo», sino sólo como conceptos de la filosofía política más allá, obviamente, de que las disciplinas jurídicas positivas no puedan ignorar la enunciación de las normas constitucionales. Quizás permanezcan extrañas al léxico teórico porque sólo con las constituciones los principios que los enuncian han ingresado en el universo del Derecho positivo. Los propios teóricos del Derecho, desde KELSEN hasta BOBBIO, cuando hablan de la constitución o de los derechos fundamentales, generalmente hablan de ellos sobre el plano de la filosofía política y no de la teoría del Derecho. *L'età dei diritti* de BOBBIO, por ejemplo, es un ensayo de filosofía política y no de teoría del Derecho. En cuanto a KELSEN, cuando habla de tales derechos en el ámbito de la teoría del Derecho hace referencia a sus contenidos, desde los derechos políticos al voto hasta las libertades fundamentales, llegando incluso a negar que se traten propiamente de «derechos subjetivos» [18].

Así se explica el por qué la teoría del Derecho nunca ha provisto una definición formal de la noción de «derechos fundamentales» —es decir, con independencia de los contenidos que son su objeto como, en cambio, se hace, por ejemplo, con las nociones de «Derecho subjetivo», de «norma» o de «validez»— sino siempre una caracterización sustancial, referida en particular a los valores de libertad o de justicia que ellos expresan. Lo mismo se dice de las nociones de «separación de los poderes», de «representación política» o de «constitución»: «constitución», por ejemplo, es comúnmente definida, también por la teoría del Derecho, sobre la base de los contenidos —la sepa-

[18] «Los derechos políticos comprenden también los denominados derechos o libertades fundamentales [...] estas garantías establecidas en la constitución jurídica no constituyen de por sí derechos subjetivos» (H. KELSEN, *Teoría pura*, cit., 152); «en el análisis precedente de esos derechos y libertades fundamentales se mostró que ellos, de por sí, no constituyen derechos subjetivos» (*ibid.*, 306).

ración de los poderes y la garantía de los derechos fundamentales— indicados por el célebre art. 16 de la Declaración de 1789. Análogamente, como he recordado, teóricos del Derecho como M. ATIENZA o T. MAZZARESE, confundiendo la teoría del Derecho con la filosofía de la justicia, excluyen que la definición del concepto de «derecho fundamental» pueda ignorar la referencia a los valores. ATIENZA se refiere, incluso, al carácter formal de mi definición de tales derechos, como de cualquier otro concepto teórico incluido el de «constitución» y de «rigidez constitucional», como un recurso para «blindarlos», como escribe AGUILÓ (Ag., 58, nota 3), y así sustraerlos de las críticas [19]. Quizá sea justamente en esta indisponibilidad a considerar conceptos como «derechos fundamentales» y «constitución» también como conceptos de la teoría del Derecho y, como tales, susceptibles en dicho ámbito sólo de definiciones formales, en virtud del estatuto formal de la teoría —de cualquier teoría, incluso si no es formalizada— donde hunde sus raíces la tesis neoconstitucionalista de la conexión entre Derecho y moral.

4. CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA. EL IUS-POSITIVISMO CONSTITUCIONAL

Nunca habría pensado, después de haber insistido hasta el hastío sobre este carácter formal de la teoría del Derecho, que podría atribuírseme una tesis tanto ingenua como ideológicamente falaz y teóricamente insensata como aquella según la cual el iuspositivismo y el iusconstitucionalismo serían, por sí mismos, suficientes para fundamentar el Estado de Derecho o la democracia constitucional. Habría llegado, escribe AGUILÓ REGLA, a «estipular que el Estado constitucional de Derecho se identifica "sólo" por la existencia positiva de una *lex superior* a la legislación. Es decir, por un lado, se "alude" a las democracias constitucionales y, por otro, inmediatamente se "elude" la cuestión sustantiva y política» (Ag., 59). Es «discutible desde un punto de vista historiográfico», afirma G. PINO, «el nexo establecido por FERRAJOLI entre positivismo jurídico y democracia (incluso democracia en sentido formal-procedimental), ya que el positivismo jurídico se desarrolla como teoría (e ideología) del Estado de Derecho del siglo XIX, que ciertamente no se puede considerar como un modelo de Estado democrático y de democracia representativa» (Pi., 212). «No encuentro ninguna razón», declara F. LAPORTA, «para que una teoría del Derecho, como es el positivismo jurídico, se pronuncie o no se pronuncie por la democracia» (Lap., 173).

Tampoco yo. En efecto, no pienso y nunca he sostenido que el positivismo jurídico o el constitucionalismo se pronuncien a favor de la democracia ni que sean condiciones suficientes y tampoco necesarias, el uno de sus formas, el otro de sus contenidos. Es obvio, en efecto, que han existido y existen sistemas de Derecho positivo abiertamente antidemocráticos, no liberales e incluso totalitarios, como los muchos regímenes fascistas y sistemas constitucionales, a su vez antidemocráticos y no liberales como, por

[19] M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* cit., 157-158. A su vez, AGUILÓ REGLA critica mi definición formal de «derechos fundamentales» como derechos de forma lógica universal —es decir, atribuidos a «todos» los sujetos de una determinada clase, independientemente de sus contenidos o valores cuya definición es competencia de la dogmática jurídica y de la filosofía política— reconociendo en ella una «especie de "segregacionismo discursivo"».

ejemplo, el expresado por la reciente constitución húngara; y existen, por otro lado, ordenamientos democráticos como el inglés carentes de una constitución formal escrita. He sostenido, en cambio, la tesis teórica, igualmente obvia y puramente descriptiva, que la positivización de las reglas sobre las formas y sobre los contenidos *permite* la democratización sea de unas como de otras. Precisamente, la positivización de las reglas sobre las *formas* de la producción del Derecho *permite* estipular como normas del Derecho positivo las reglas sobre el sufragio universal, sobre la representatividad de las funciones de gobierno, sobre el principio de mayoría y sobre la separación de los poderes y, por tanto, garantizar las condiciones necesarias (aunque también ellas insuficientes debido a su posible y a veces frecuente ineficacia) de la dimensión formal de la democracia política. Por otro lado, la positivización de las reglas sobre los *contenidos* de la producción normativa *permite* estipular como normas positivas de rango constitucional, principios y derechos fundamentales que imponen límites y vínculos sustanciales a la actividad legislativa y de gobierno y, por tanto, garantizar las condiciones necesarias (aunque, de nuevo, insuficientes debido a su posible y a veces frecuente ineficacia) de la dimensión sustancial de la democracia constitucional. En suma, la positivización de las normas sobre la producción jurídica es la técnica que hace posible fijar normativamente las formas (es decir el «quién» y el «cómo») y, por tanto, las condiciones de *validez formal*, a los principios de la representatividad política, y los contenidos (es decir «el qué cosa») y, por tanto, las condiciones de la *validez sustancial*, a los principios de justicia y a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

Es entonces claro, como afirma PINO, que «si adoptamos el punto de vista del positivismo metodológico», «el carácter democrático representativo de los procedimientos que se siguen para producir el Derecho no juega de forma directa ningún rol: las herramientas conceptuales de KELSEN, por ejemplo (quien fue incluso un ferviente demócrata), no requieren de ningún modo que la delegación de la autoridad normativa (el carácter nomodinámico del Derecho) se otorgue a órganos representativos —y en esto está precisamente la "pureza" de la teoría kelseniana» (Pi., 212), es decir, el carácter formal, antes explicado de cualquier teoría del Derecho. Pero yo no he escrito, en absoluto, que las herramientas positivistas «requieren» —como me hace decir PINO para «llevar» mis tesis «en la dirección del neoconstitucionalismo ideológico» (Pi., 211)— sino que permiten, es decir, hacen posible la positivización de reglas democráticas, formales y sustanciales, sobre la producción normativa. Es igualmente evidente, como escribe polémicamente AGUILÓ, que «del mismo modo que no todo Estado que tiene legislación es un Estado legal de Derecho, no todo Estado que tiene una constitución rígida y normativa (la *lex superior* de la que habla FERRAJOLI) es un Estado constitucional. Por sí misma la *lex superior* identifica tan poco al Estado constitucional de Derecho como la *lex posterior* al Estado legal (o legislativo) de Derecho... Todos sabemos, por ejemplo, que la rigidez constitucional orientada a preservar la "verdadera religión" (es decir, a negar la libertad religiosa) es incompatible con lo que llamamos Estados constitucionales; sin embargo, lo que nos propone FERRAJOLI es que en cuanto juristas operemos como que es así. Nos propone que seamos leales al positivismo aunque para ello debamos vaciar el garantismo» (Ag., 60). Pero yo propongo exactamente lo contrario. Es obvio que el positivismo jurídico y el principio de legalidad no son, en absoluto, condiciones suficientes para que se dé el Estado de Derecho. «En el molde de

la legalidad se puede vaciar oro o plomo», ha escrito icásticamente P. CALAMANDREI[20]. Y esto vale tanto para la legalidad ordinaria como para la legalidad constitucional bien pudiendo darse, como ya he dicho, constituciones antidemocráticas.

Por tanto, para evitar equívocos similares, es útil recordar mi definición D12.22 de «constitución» formulada en *Principia iuris*. En su primera parte he definido la *noción estructural* de constitución como un conjunto de normas supraordenadas a cualquier otra (T12.89) «cualesquiera que sean sus específicos contenidos: democráticos o antidemocráticos, liberales o no liberales, sociales o antisociales» y he establecido, en su segunda parte, la noción axiológica de «constitución democrática» en una larga serie de condiciones en ausencia de las cuales una constitución no es democrática: como la representatividad política de las funciones de gobierno, la separación de éstas de las funciones de garantía, y las garantías de las distintas clases de derechos fundamentales estipulados en ella como vitales (T12.92-T12.98)[21]. Por tanto, con base en mi definición, también son constituciones las constituciones antidemocráticas, como las denominadas «leyes fundamentales» del franquismo, o bien, para mantenernos en las actuales constituciones, el texto no liberal y reaccionario que es la ya recordada constitución húngara. No sólo ello: el carácter «democrático» de la constitución de la que se habla en la segunda parte de mi definición implica, pero no está implicado por, los requisitos antes enumerados, así que ni siquiera tales requisitos o contenidos sustanciales son no sólo necesarios sino tampoco suficientes para integrar la democracia constitucional. ¡Se necesita más! A tal fin, es necesaria la eficacia de las garantías que, en todo caso, siempre es una cuestión de grado. Sin contar con que la democracia no es sólo una construcción jurídica. Es también, e incluso antes, una construcción política, social y cultural.

Hay otro malentendido en el que considero que incurre A. RUIZ MIGUEL, relativo a mi concepción del positivismo jurídico y, específicamente, de este nuevo paradigma que, a mi parecer, es el iuspositivismo constitucional. RUIZ MIGUEL considera «oscura» e incierta mi aceptación del primer significado bobbiano de positivismo metodológico como aproximación al estudio del Derecho «como es» y no también del Derecho «como debe ser» a condición de que este último se entienda sólo en el sentido de su deber ser moral y que en el «Derecho como es» se incluya también el «Derecho como debe ser jurídicamente» que, igualmente, en los actuales ordenamientos provistos de constituciones rígidas, hace parte del «Derecho como es» (RM., 282): que es, justamen-

[20] P. CALAMANDREI, «Prefacio», 1945, en C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1766, edición bilingüe al cuidado de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, Madrid, Trotta, 2011, § VIII, 65. *Vid.* también el pasaje bobbiano citado en la nota 16.

[21] *PrinI*, § 12.10, 841-846. Cfr., también, el § 12.4, 813: «Se pueden formular dos nociones distintas de "constitución": la una, *formal*, ligada a su colocación en el vértice de la *jerarquía de las normas*; la otra, *sustancial*, referida a sus *contenidos normativos* y concretamente, si se asume como condición contrafáctica su carácter "democrático", a las normas que vinculan forma y sustancia de la producción normativa respectivamente al ejercicio directo o indirecto de los derechos políticos y a la garantía de un conjunto más o menos amplio de derechos fundamentales». Sin embargo, sólo contingentemente —es decir, solamente en los sistemas que denominamos «democráticos»— las normas formales de las constituciones son de tipo democrático-representativo y las sustanciales consisten en principios y en derechos fundamentales. Existen y han existido ordenamientos dotados de normas supraordenadas a todas las demás y, sin embargo, abiertamente antidemocráticos —piénsese en las «leyes fundamentales» en la España franquista— y, por tanto, calificables como constituciones sobre la base de la noción formal pero no de la sustancial de «constitución».

te, la condición que no es satisfecha, a mi parecer, por las tesis de KELSEN y de BOBBIO quienes, incluso en presencia de constituciones rígidas, han defendido constantemente tanto la equivalencia entre validez y existencia de las normas nivelando su deber ser con su ser o viceversa, como la total avaloratividad de la ciencia jurídica, que impide los juicios de valor y, por tanto, la crítica del Derecho jurídicamente inválido[22]. En cambio, RUIZ MIGUEL sostiene, incurriendo en el mismo equívoco en el que, como ha sido visto al final del § 2, incurre LAPORTA, que «el positivismo metodológico, al menos en la caracterización de BOBBIO, incluye patentemente [...] las concepciones normativistas, como la de KELSEN o la de HART, para las que Derecho y sus normas incorporan una dimensión de deber ser (el "sollen" kelseniano o el punto de vista interno hartiano) de carácter jurídico y no moral» (RM., 282). Sin embargo, en lugar de impugnar o, en todo caso, discutir mi crítica a las tesis de KELSEN y de BOBBIO —es decir, el hecho que ellos ignoran ya no la obvia dimensión del «deber ser» de cualquier experiencia jurídica sino la distinción entre la validez y la existencia de las leyes, o sea, entre el «deber ser constitucional» y el «deber ser legislativo» del Derecho positivo que forma el rasgo específico del iuspositivismo constitucional— plantea la extraña suposición que con el «Derecho como debe ser jurídicamente» entiendo, en realidad, como los neoconstitucionalistas o los positivistas inclusivos, «el Derecho como debe ser moralmente» que de este modo formaría «parte del Derecho como es» (*ibid.*)[23]. Atribuyéndome una tesis que no comparto y de la que, más bien, sostengo su negación, RUIZ MIGUEL me reprocha una sustancial «ambigüedad» (RM., 282 y 284) dado que afirmo que en las constituciones bien pueden existir normas injustas y que el constitucionalismo garantista se caracteriza, en cualquiera de sus tres sentidos —como sistema jurídico, como teoría y como ideología—, por la separación entre Derecho y moral (RM., 283).

Existe, finalmente, una última cuestión planteada por L. PRIETO en relación con mi teoría iuspositivista de la validez y, también ella, aunque sea bajo un aspecto distinto, se conecta con la cuestión de la relación entre Derecho y moral de la que hablaré extensamente en el próximo parágrafo. PRIETO sugiere la tesis según la cual en el Estado constitucional de Derecho los requisitos formales no serían más suficientes para identificar la existencia de una norma debido a que las normas morales incorporadas en la Constitución se habrían erigido en «criterios *internos* para juzgar la pertenencia de las normas al ordenamiento» (Pr., 232). No estoy de acuerdo. Tengo la impresión

---

[22] Recuérdese los pasajes de KELSEN y de BOBBIO citados *supra* en las notas 13-15. Recuérdese, además, de N. BOBBIO, «Aspetti del positivismo giuridico», 1961, en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., cap. V, § 3, 88-89, donde el positivismo jurídico es entendido como aproximación puramente descriptiva y avalorativa al estudio del Derecho, caracterizado «por la objetividad entendida como la abstención de toda toma de posición frente a la realidad observada [...] en esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquél que asume frente al Derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables [...] y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores».

[23] En respaldo de esta hipótesis, RUIZ MIGUEL añade una tergiversación de mi tesis que en las democracias constitucionales las constituciones imponen a las «leyes de la voluntad» la «ley de la razón» positivamente estipuladas en ellas: que no quiere decir, para nada, la imposición autoritativa «que el Derecho sea conforme a *la* verdad o a *la* razón» o que «*la* razón se impone a la voluntad» (las cursivas son mías) —lo que equivaldría, como se verá en el próximo parágrafo, a la negación de la separación entre Derecho y moral y a «una clara manifestación del positivismo ideológico limitado y condicionado del que hablaba BOBBIO» (RM., 283)— sino que las normas constitucionales imponen a las autoridades normativas que el Derecho sea conforme a aquella específica razón positivizada, contingente e históricamente determinada, estipulada en ellas.

que PRIETO confunde la «pertenencia» de las normas al ordenamiento, es decir, su existencia, con su validez: «los problemas de justicia (más precisamente, de la concepción de la justicia incorporada a la Constitución)», escribe, «se han transformado en problemas de validez o identificación de las normas», donde, si entiendo bien, los problemas de «identificación de las normas» equivalen, según PRIETO, a los problemas relativos a su existencia.

Pienso, en cambio, que la existencia al igual que la inexistencia depende únicamente, incluso en el paradigma constitucional, de requisitos formales; mientras, los vicios de contenido consistentes en la lesión de los principios de justicia incorporados en las constituciones, pueden determinar la invalidez sustancial pero no ciertamente la inexistencia de una norma. En otras palabras, no es concebible ni la existencia ni la inexistencia de una norma solamente por razones de contenido: ni la ausencia de vicios de contenido es, *por sí sola* suficiente, en ausencia de requisitos de forma, para determinar la existencia de una norma jurídica, ni su presencia es, por sí sola, suficiente para determinar la inexistencia en lugar de la simple invalidez. Y esto porque la existencia es un dato empírico que concierne al acto normativo y depende, por ello, de la forma de su producción y no también de su significado, relevante en cambio sólo para su validez o para su invalidez sustancial. Esto, me parece, es el significado del principio de positividad, que desde este aspecto permanece inalterado en el paradigma constitucional.

A los fines del análisis de nuestros conceptos —inexistencia, existencia, validez e invalidez, formal y/o sustancial— puede ser útil recordar el rol que en sus definiciones en *Principia iuris* han tenido los cuantificadores de la lógica de los predicados: para que exista un acto formal (y las normas y las prescripciones que ella produce) es necesario y suficiente que esté dotado *al menos de alguna forma* normativamente prevista que lo permita reconocer como vigente, es decir, como perteneciente al ordenamiento y en ausencia de la cual no existe (D9.16, T9.20, T9.131-T9.139); de otro lado, un acto formal existente es formalmente válido si está dotado de *todas las formas* previstas por las normas formales sobre su producción (D9.18, T9.150), mientras que es formalmente inválido si falta al *menos alguna de tales formas* (D9.21, T9.175-T9.176); por otro lado, el mismo acto es sustancialmente válido si está dotado, *al menos de un significado* compatible con *todas las normas sustanciales* a las que está supraordenado (D9.19, T9.151, T9.155) mientras que es sustancialmente inválido si ninguno de los significados asociables a él es compatible con *alguna de tales normas* (D9.22, T9.177, T9.180); finalmente, el acto es válido *tout court* si lo es tanto formalmente como sustancialmente (D9.17, T9.158) e inválido *tout court* en caso contrario (D9.20, T9.181). En suma, la inexistencia sólo es posible por defecto de formas: una sentencia o una ley escrita como ejercicio didáctico, por ejemplo, no es una sentencia o una ley, al margen de lo que diga. Obviamente no es la teoría sino sólo el Derecho positivo el que puede establecer qué formas son necesarias para la existencia de un acto formal. La teoría sólo puede afirmar que para la existencia del acto es necesario al menos alguna forma conforme a las previstas por las normas sobre su producción[24].

[24] Hay un único vicio o defecto que en apariencia, pero sólo en apariencia, parece concernir no a la forma del acto sino a su contenido normativo: el defecto de competencia que padece, por ejemplo, una norma penal emanada de un consejo comunal o regional, en contraste con la reserva de ley establecida por la Constitución

Por ello, la cuestión planteada por PRIETO sobre la denominada «objetividad de los juicios morales» pierde su carácter «dramático»: «Si la determinación de qué dice el Derecho depende de qué dice la moral», afirma PRIETO, entonces, para asegurar «la objetividad de nuestros juicios acerca de la validez de las normas» y, por tanto, salvaguardar «la propia solidez de los fundamentos del Estado democrático basada en la supremacía de la mayoría encarnada por el legislador y en la separación de poderes» y «mantener tanto la (relativa) determinación del Derecho, como el sometimiento de la ley precisamente a la Constitución y no a las variables o caprichosas concepciones del bien sostenidas por los diferentes jueces», sería necesario admitir «la objetividad o algún grado de objetividad de los juicios morales» (Pr., 233): que es justamente la conclusión a la que llegan los principalistas y que, en su formulación extrema por parte de DWORKIN, se identifica con las tesis de «una solución correcta» pero que PRIETO considera válida «también desde la óptica positivista» (*ibid.*). Similar conclusión «dramática», en efecto, está sin embargo excluida a los fines de los juicios sobre la «pertenencia de las normas al ordenamiento» (Pr., 232), es decir, sobre su existencia o vigencia. Tales juicios, en efecto, a diferencia de los juicios sobre la validez o invalidez sustancial dependen íntegramente, como se ha demostrado, de juicios de hecho y de la interpretación de normas formales o procedimentales que no han tenido nada que ver con los juicios de valor ni mucho menos con alguna objetividad de la moral. Pero incluso para fundamentar y argumentar los juicios sobre la validez e invalidez sustancial no tenemos necesidad de recurrir a formas metafísicas de cognoscitivismo ético, a fin de salvaguardar el principio de legalidad y la sujeción del juez a la ley y a la constitución. Será suficiente admitir que tales juicios, aún cuando conllevan el uso de términos valorativos, son o suponen ser siempre juicios de valor más o menos opinables.

La aproximación iuspositivista a la investigación sobre las *formas* y sobre los *significados* de aquella compleja actividad lingüística que es la producción normativa requiere, en suma, que se distingan dos dimensiones del Derecho: el *Derecho vigente* y el *Derecho viviente*. La existencia y la validez (o la invalidez) formal de las normas no son sino la existencia empírica y la regularidad (o la irregularidad) formal de las *formas* de los actos que constituyen sus fuentes: de ahí la objetividad de los juicios sobre la vigencia y sobre la validez formal, asegurada por la objetividad positiva de aquello que podemos denominar el *Derecho vigente*, es decir, el conjunto de todos los enunciados jurídicos normativos, común a todos los intérpretes y a todos los operadores jurídicos, cuya existencia es independiente de cualquier juicio de valor. La validez o la invalidez sustancial, es decir, la compatibilidad o incompatibilidad de los significados de las normas legales con las normas constitucionales a las que están sometidas depende, en cambio, de la interpretación, que bien puede requerir, si los enunciados normativos son formulados en términos vagos o valorativos, de juicios de valor: de ahí lo opinable y la variedad de aquello que podemos denominar el *Derecho viviente*, es decir, el

---

en materia penal. Pero este vicio, aunque sea comprobable con referencia al contenido del acto, es decir, a la norma, no es un vicio sustancial sino un vicio formal, consistente en la violación de una norma de competencia, relativa no al «qué cosa», es decir, al significado o contenido, sino al «quién» es decir a la forma y precisamente al autor del acto normativo. Se trata de un vicio que no es distinto del que impediría reconocer la existencia jurídica de una sentencia escrita como ejercicio didáctico. En suma, en todos los actos, incluso en el paradigma constitucional, la existencia (y la inexistencia) positiva de las normas depende únicamente de la forma de sus fuentes y no también de sus contenidos o significados que condicionan solamente su validez.

conjunto de todos los significados normativos, en ocasiones asociados a los enunciados del Derecho vigente[25]. Pero este carácter opinable es el mismo que se reconoce a cualquier práctica interpretativa: no sólo al juicio sobre la validez de un acto normativo sino también al juicio sobre la ilicitud de un comportamiento no predeterminado con exactitud, por ejemplo, sobre si éste integra o no el delito de injuria, de ultraje, de maltratos o de actos obscenos o similares. En efecto, similares calificaciones suponen siempre elecciones ético-políticas: por ejemplo, ante una imputación por el delito de ultraje, sancionado por el art. 341 bis del Código Penal italiano con la reclusión hasta de tres años, un juez liberal tenderá a hacer una interpretación restrictiva, mientras un juez reaccionario tenderá a proveer una interpretación extensiva.

La alternativa a la supuesta, y a mi parecer, insostenible «objetividad» de los juicios morales implicados por los juicios de validez de las leyes respecto a los principios constitucionales no es, por tanto, como escribe PRIETO, la transformación, avalada por la idea que tales principios «no dicen nada o casi nada», de que «los llamados a aplicar tales principios se convertirán en los auténticos señores del Derecho» (Pr., 233), sino simplemente el reconocimiento que tales principios tienen a menudo un cierto grado de vaguedad e indeterminación, por lo demás, no distinto (e, incluso, inferior) al que tienen todas las otras normas jurídicas. En suma, la alternativa más lineal, más allá de ser más respetuosa con la separación de los poderes, a la imposible certeza objetiva del Derecho viviente, es el reconocimiento trivial que también en el paradigma constitucional el juez no es precisamente «boca» de la ley o de la constitución, y que el carácter aunque solo tendencialmente cognoscitivo de la constitución depende, de un lado, de la semántica del lenguaje constitucional, es decir, de su grado de determinación y, del otro, como para cualquier actividad interpretativa, de una buena argumentación de las opiniones inevitablemente abiertas de su grado de indeterminación. El cognoscitivismo judicial, como he escrito muchas veces y como también recuerda PRIETO (Pi., 242), es un modelo normativo límite, nunca perfectamente factible así como, por lo demás, es un modelo límite y convencional de legitimación del poder legislativo la representación política de la voluntad del electorado; y debemos admitir que la medida de su impracticabilidad es también la medida de la ilegitimidad del poder judicial. Pero a la ideología metafísica y no liberal de la objetividad de la moral me parece preferible, como sostendré mejor más adelante, el reconocimiento de un inevitable margen de ilegitimidad del ejercicio de todos los poderes públicos —reducible en cierta medida gracias a las garantías, pero irreducible más allá de tal medida— respecto a sus fuentes ideales de la legitimación.

5. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. ¿SEPARACIÓN O CONEXIÓN?

Llego, así, a las objeciones y a las críticas que me han sido planteadas por la opuesta orientación neoiusnaturalista o principalista. Después de SCILLA, entonces, para mantenernos en la imagen de HIERRO, CARIBDIS. M. ATIENZA afirma que no he dado una respuesta adecuada a los tres problemas planteados por la aproximación princi-

[25] He distinguido entre «Derecho vigente» y «Derecho viviente» en *Intorno a* Principia iuris. *Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, cit., § 14.1.3.2, 243-248.

palista o no positivista: el problema de la relación entre Derecho y moral, la distinción entre principios y reglas, y la cuestión de la ponderación como tipo de argumentación que se corresponde con los principios en oposición a la tradicional subsunción que, en cambio, sería posible solamente para las reglas (At., 85). En los tres siguientes párrafos diré, más bien, que mis respuestas son distintas y, a mi parecer, más adecuadas que las suyas.

Comencemos con la cuestión de la conexión o separación entre Derecho y moral. ¿Qué se entiende, en el debate jurídico-filosófico, por «separación» y qué cosa se entiende por «conexión» entre estas dos esferas? Por la expresión «separación entre Derecho y moral» se entiende sólo dos pares de tesis, uno de carácter asertivo, otro de carácter prescriptivo. Según las dos tesis asertivas, que forman un postulado del *positivismo jurídico* y un corolario del *principio de legalidad* como criterio de reconocimiento exclusivo y exhaustivo de las normas jurídicas, *aa)* la validez de una norma jurídica no implica su justicia y, por tanto, pueden existir normas válidas que consideremos extremadamente injustas e, inversamente; *ab)* la justicia de una norma no implica su validez y, por tanto, puede suceder que una norma, incluso si extremadamente justa, no vaya a existir válidamente. Según las dos tesis prescriptivas, que forman un postulado del principio de laicidad y un corolario del liberalismo político, no se justifican sobre el plano ético-político; *ba)* la producción de normas dirigidas ya no a prevenir daños a terceros o a perseguir intereses públicos sino sólo para afirmar, sostener, reforzar o sancionar los preceptos de la (o bien de una determinada) moral, y *bb)* la imposición a los ciudadanos de la adhesión moral o de la aceptación o de un compartir ético-político de los principios morales estipulados por las normas jurídicas, aunque fueran las de rango constitucional [26]. Bajo ambos aspectos, suscribo plenamente cuanto ha escrito claramente P. CHIASSONI: la separación entre Derecho y moral representa un precioso legado de la ilustración jurídica y permanece como un rasgo distintivo de la modernidad en el sentido kantiano del término, debido a que fundamenta la autonomía del Derecho de los juicios morales y de los juicios morales del Derecho positivo, y confía las elecciones morales no ya a la adhesión a una supuesta ontología objetiva y heterónoma sino a la autodeterminación espontánea y a la responsabilidad individual.

¿Qué entendemos, en cambio, por «conexión entre Derecho y moral»? Decimos, a menudo, qué cosa *no debemos entender* por dicha expresión, es decir, qué significados o tesis de la conexión no están en cuestión dado que ninguna persona con sentido común, y ciertamente ningún partidario de la separación, han pensado negar. Con dicha expresión no se entiende ninguna de estas cuatro tesis, todas triviales y descontadas: 1) que las leyes tengan contenidos morales (o bien, inmorales), es decir, susceptibles de calificación moral y que en los contenidos morales altamente apreciables (para nosotros) haya una gran parte de nuestros principios constitucionales; 2) que las leyes

[26] He distinguido repetidamente estos dos significados de la tesis de la «separación entre Derecho y moral»: cfr., «La separazione tra diritto e morale», en *Sulla modernità*, *«Problemi del socialismo»,* 5, mag.-ag., 1985, 136-160; *Derecho y razón,* cit., cap. IV, §§ 15-16, 218-231; *PrinII*, cap. XV, § 2, 303-308; «Laicidad del Derecho y laicidad de la moral», 2007, en M. CARBONELL (ed.) *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, 2.ª ed., 2010, 132-142. Estas tesis han sido discutidas además por M. GASCÓN ABELLÁN, L. PRIETO SANCHÍS, A. GARCÍA FIGUEROA, M. IGLESIAS VILA, P. DE LORA, A. GREPPI, A. RUIZ MIGUEL y A. RENTERÍA DÍAZ en M. CARBONELL y P. SALAZAR UGARTE (eds.), *Garantismo. Estudios,* cit., a quienes he respondido en *Garantismo. Una discusión*, cit., cap. II, 23-38.

estén acompañadas de una subjetiva pretensión de justicia, que es una tesis igualmente obvia: también los nazis pretendieron que sus leyes fueran justas, a su parecer; 3) que es justo que las leyes tengan contenidos morales que juzgamos apreciables, lo que es igualmente evidente, y 4) finalmente, que en la interpretación jurídica, sobre todo de textos constitucionales, intervienen elecciones orientadas por opciones morales o, en todo caso, ético-políticas, por lo que debe ser argumentada racionalmente la máxima conformidad o, al menos, la compatibilidad con los principios de justicia establecidos en ellos.

Todas estas tesis se dan por descontado y son totalmente compatibles con ambos sentidos de la separación. Por ello, no son siquiera discutidas por los teóricos de formación iuspositivista: ya no, como escribe G. PINO, porque «subestiman su importancia e inevitabilidad» y prefieren concentrar sus «energías en la defensa de la versión típicamente iuspositivista» (Pi., 226) de la tesis de la separación sino porque esta tesis sólo significa los dos principios antes recordados: el positivista de la legalidad y el liberal de la no interferencia del Derecho en la esfera moral de las personas, donde las conexiones expresadas por las otras cuatro tesis son, sobre el plano teórico, triviales e irrelevantes. A partir de esta trivialidad, por una suerte de deslizamiento semántico, los partidarios de la conexión sostienen, sin embargo, que los principios constitucionales, poco importa si todos o algunos, incorporan ya no *una* determinada moral, aunque compartida por nosotros, sino *la* moral o *la* justicia en algún sentido objetivo de la palabra. «Existe una conexión intrínseca entre el Derecho y la moral»; «tiene pleno sentido afirmar la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el Derecho y la moral»; es necesario «reconocer la existencia de una conexión interna (en el sentido antes explicado) entre el Derecho y la moral», escribe repetidamente, por ejemplo, M. ATIENZA (At., 80, 82, 85). Es en esta idea de la conexión con *la* moral donde reside el «objetivismo moral» y el vinculado «cognoscitivismo ético». Sin embargo, aquí se abren dos vías, ligadas al distinto significado, *fuerte* o *débil*, asociado por los partidarios de la conexión, más allá de sus propias afirmaciones, a las expresiones «objetivismo moral» y «verdad moral»: la primera, a mi parecer, inaceptable y ciertamente incompatible con la tesis de la separación; la segunda, sustancialmente compatible con ésta pero fuertemente equivocada, errónea y engañosa sobre el plano filosófico.

Según una primera acepción, «objetivismo moral»: *a)* alude a una suerte de ontología de los valores con referencia a la cual, *b)* es posible argumentar como verdaderos los juicios y las tesis morales, incluso las expresadas por los principios constitucionales. Es claro que la tesis sub *a)*, según la cual el Derecho, o mejor, los principios constitucionales, incorporan *la* moral en el mencionado sentido objetivo, contradice la separación en sentido asertivo, derivando de ella la tesis antiiuspositivista que la extrema injusticia o la inmoralidad de una norma excluye su validez. Y es igualmente evidente que la tesis sub *b)*, según la cual los juicios de valor moral expresados por los principios constitucionales son argumentables como verdaderos, contradice la separación en sentido prescriptivo, de lo que se deriva la tesis *no liberal* de su aceptabilidad universal y de la intolerabilidad, por falsos, de los juicios contrarios. En suma, ambas tesis suponen la hipótesis metafísica de la existencia empírica de un mundo de valores morales objetivamente o naturalmente vinculante. Es lo que supone la ética católica, basada justamente sobre la idea que existe un sistema objetivo de valores que es establecido y querido por Dios. Mi afirmación, firmemente rechazada por ATIENZA (At., 77), que

ninguna tesis ético cognoscitivista está en capacidad de impugnar una tesis ético-cognoscitivista distinta (la católica, por ejemplo), está ligada al hecho que ambas tesis son propuestas como verdaderas o, en todo caso, como objetivas (o bien, objetivamente verdaderas) en el sentido *fuerte* de estas expresiones: por ejemplo, según la ética católica, es «verdadera» la tesis que el aborto debe ser prohibido; al contrario, según una tesis objetivista laica, es «verdadera» la tesis opuesta, que no debe serlo en virtud del derecho de la mujer a la autodeterminación de la maternidad. Es claro que en la base de estas dos tesis hay dos valores opuestos. Pero asumir una de las dos tesis como «verdadera» implica asumir la tesis opuesta como «falsa» y, por ello, no tolerable; en el mismo modo en el que no podemos tolerar la tesis que la Revolución francesa ocurrió en 1889, siendo «verdadero», porque está documentado, que sucedió en 1789.

Naturalmente, como dice HIERRO, «la mayor parte de los neoconstitucionalistas principalistas» (seguramente todos los que han intervenido en este debate), incluso profesando su adhesión al objetivismo moral, «afirman la libertad como valor primario y no son para nada intolerantes» (Hi., 158). Sobre esto no hay dudas. Pero mi crítica concierne, en particular, a la aporía que vicia su posición liberal, es decir, la tesis ético cognoscitivista que se pueda hablar de «verdad moral» en una concepción objetivista de la moral en el sentido fuerte ahora explicado. La tesis según la cual tal concepción implica el absolutismo moral y la intolerancia es sólo un argumento *a contrario* en apoyo de su negación. Quiere decir, por *modus tollens*, que no se adhiere al objetivismo en el sentido antedicho si se rechaza el absolutismo moral; que, dado que el primero implica a lo segundo, entonces aquél significado fuerte de «objetivismo» o de «cognoscitivismo ético» o de «verdad moral» no es, en realidad, compartido por quienes no son, y justamente no se consideran, ni absolutistas ni mucho menos intolerantes; que, consiguientemente, ellos asocian a tales expresiones un significado distinto, más *débil* —a mi parecer, gravemente equívoco y engañoso sobre el plano filosófico y, sin embargo, compatible tanto con las opciones iuspositivistas como con las opciones liberales— tanto que, no por casualidad, hablan de un «objetivismo moral mínimo» (At., 77 y 88). En este segundo sentido, objetivismo y cognoscitivismo moral son entendidos, en realidad, como sinónimos de «racionalismo ético», es decir de fundamentación y argumentación racional de las tesis éticas.

Es precisamente este, a mi parecer, el caso de M. ATIENZA. Como recuerda P. CHIASSONI (Ch., 106-107), ATIENZA sostiene la tesis, jurídicamente trivial, que los juicios morales, aún sin tener el mismo valor de verdad que las tesis sobre determinados hechos empíricos, son susceptibles de una fundamentación objetiva en el sentido que «admiten una discusión racional, no exactamente igual a las de carácter científico y, sin embargo, racional», siendo posible proveer para su fundamentación criterios racionales u «objetivos» y no «meras proclamaciones de deseos o manifestaciones de emociones»[27]. Y, ciertamente, todas las veces que ATIENZA ha polemizado sobre temas morales con la Iglesia Católica, lo ha hecho sobre la base de argumentos racionales, y no ciertamente objetivos, es decir, con una «manera de razonar moralmente» que nadie ha considerado «en algún sentido, afín a la de los absolutistas católicos» (At., 77). Pero este denominado «objetivismo ético racional», como adecuadamente ha obser-

[27] M. ATIENZA, «Cuento de navidad», en *Analisi e diritto 2009,* 2009, 116-117. *Vid.* también la intervención de ATIENZA en esta discusión, en 81-82.

vado CHIASSONI (107-108), hacer referencia no ya a una «razón sustancial (fuerte), que nos procura un conocimiento objetivo y, por ello, verdadero de los principios y de los juicios morales» sino a una «razón instrumental (débil)» acerca de la relación de medios a finalidades morales en la que se encuentran nuestras acciones: que es exactamente compartido con mi anticognoscitivismo ético, el cual, recuerda también CHIASSONI (Ch., 108-109), no se identifica para nada con el puro emotivismo sino que exige que las tesis éticas, incluso no siendo ni verdaderas ni objetivas, se sustenten en argumentaciones racionales basadas sobre lecciones de la historia y sobre la experiencia en torno a qué valores merecen ser perseguidos como fines y a la idoneidad para realizarlos de las acciones recomendadas o de las normas establecidas.

Un discurso análogo, aunque más largo, puede ser hecho para las tesis de A. RUIZ MIGUEL y de J. MORESO, que igualmente oscilan entre una concepción del objetivismo en sentido fuerte y su concepción en el sentido débil de «justificación racional» o de «pretensión de corrección» de las tesis morales. RUIZ MIGUEL insiste en su tesis, que ya habíamos discutido[28], de la «aceptabilidad moral» de los valores constitucionales de la libertad, de la igualdad y de la dignidad de las personas como fundamento o sentido de la objetividad. Pues bien, con esta expresión fuertemente ambivalente se pueden entender tres cosas, sobre las primeras dos de las cuales, me parece, estamos al menos en parte de acuerdo: la primera, trivial, creemos poder argumentar racionalmente su aceptabilidad moral ante todos y planteamos, por tanto, la pretensión claramente subjetiva de su corrección y, por ello, de la necesidad de garantizarlas (RM., 277); la segunda, rechazada por no liberal por mí y en un primer momento por RUIZ MIGUEL (RM., 277), es que es justificable la imposición jurídica de su aceptación moral, es decir, de la adhesión interna o de la conciencia a los susodichos valores; la tercera, propuesta ahora por RUIZ MIGUEL y sobre la cual declara que no me he pronunciado, es que «si consideramos justificado imponer jurídicamente nuestros valores de justicia frente a quienes actúan desconociéndolos es porque creemos que deberían ser reconocidos también por ellos: por eso no podemos limitarnos a considerar que *pueden* ser aceptados moralmente por todos, sino que tenemos que asumir también que *deberían* serlo» (RM, 277-278). Confieso no entender en qué se distingue esta tesis de la segunda tesis inicialmente sostenida por RUIZ MIGUEL y que rechacé. Si esta tercera tesis no quiere decir como la primera, dada por descontado, que los valores constitucionales tienen (aunque no necesariamente todos) una justificación moral argumentable racionalmente, sino que «deben ser» racionalmente aceptados por todos, entonces equivale a la tesis, que parecía que habíamos rechazado concordantemente, de la imposición jurídica y claramente no liberal de la adhesión a tales valores.

En suma, a mi parecer, la aceptación moral de los valores constitucionales por parte de los asociados es extraña no sólo a la teoría del Derecho en cuanto teoría formal sino también a la dogmática constitucionalista, para la que sólo se requiere el análisis del significado de los principios constitucionales junto con cualquier filosofía política liberal. Pero RUIZ MIGUEL insiste sobre el carácter «equivocado» y «autocontradictorio» de mi rechazo al objetivismo y del cognoscitivismo ético (RM., 279): «equivocado» porque a su parecer, «no existe nada en la esencia de las éticas cog-

[28] *Vid.* los escritos citados en la nota 1 de la intervención de A. RUIZ, incluida en esta publicación.

noscitivistas que les impida aceptar el criterio de tolerancia ante las opiniones disidentes» (RM, 279), incluso si tal aceptación equivale, a su parecer, a considerar tal criterio «en algún sentido "objetivo", es decir, lo suficientemente correcto como para que tenga la pretensión de imponerse a todos» (RM, 279); contradictorio porque mi firme convicción en torno a mis posiciones metaéticas y éticas sería «indistinguible de la que católicos y "laicos objetivistas" sienten por las suyas», debido a que expresaría, en contradicción con mi «negación del objetivismo ético», una «pretensión de objetividad» de mi ética laica que he considerado «como razonablemente aceptable y suficientemente "objetiva" (o, si se quiere, "racional")» (RM, 280). En suma, RUIZ MIGUEL atribuye a mis tesis éticas y metaéticas una pretensión de objetividad sólo porque, como todos, estoy firme y racionalmente convencido de ellas. Confunde, en otras palabras, el objetivismo moral con el subjetivo convencimiento racional[29]. Pero esta confusión señala que el objetivismo ético, entendido en el último sentido, equivale en realidad al primero de los tres significados antes recordados de la expresión «aceptabilidad moral»: es decir, a la tesis que el denominado fundamento «razonablemente aceptable y suficientemente objetivo o, si se quiere, racional» de nuestras tesis morales no es sino la idea obvia y trivial de su justificación racional y, por ello, de su pretensión subjetiva de corrección.

Esta equivalencia entre «razón» y «verdad», entre fundamentación racional y fundamentación objetiva está presente, con oscilaciones análogas, en la intervención de J. MORESO. MORESO identifica el objetivismo moral con su tesis TIN1 que «hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)» (Mo., 185). Más allá de esta tesis parecería que hay una noción fuerte de objetivismo, aunque distinta de la noción de iusnaturalismo definida por él, también en su tesis TIN2, según la cual «las normas positivas contrarias a alguno de los principios referidos en TIN1 no son jurídicamente válidas» (Mo., 185). Más adelante, sin embargo, MORESO sostiene que «la calidad de un juicio moral depende de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor» (Mo., 191). Añade que mi tesis que «la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más "verdadera" que la solución opuesta» hace de mi posición «muy inestable: hay un espacio para la argumentación racional, pero no tenemos un criterio para establecer cuáles son *mejores* razones» (*ibid.*). Entonces, para MORESO, decir «mejores razones» equivale a decir «argumentos verdaderos» (¿o «más verdaderos»?): como si no existieran razones, no de tipo teorético sino de tipo moral, como fundamento no de la verdad sino de la justicia, y no de nuestros conocimientos sino de nuestras tomas de posición.

---

[29] La confusión es confirmada en otro pasaje de la intervención de RUIZ MIGUEL: «Defender, como hace FERRAJOLI, la "necesidad" de garantizar algunos derechos básicos, que implica considerar necesaria su imposición coactiva» —es decir, su estipulación constitucional y no ciertamente su objetividad ni siquiera su imposición coactiva a las conciencias de las personas— «es precisamente adoptar el punto de vista mínimamente "objetivista" que considera tales criterios morales como universalmente aceptables y, por tanto, como "suficientemente fundados" o correctos» (RM, 277). Sin embargo, la confusión se resuelve en una clara petición de principio: la idea trivial de la justificación racional de nuestras tesis morales y, por tanto, su pretensión subjetiva de corrección —equivaliendo, al parecer de RUIZ MIGUEL, a su fundamento «en algún sentido objetivo»—, fundamentaría de un lado la pretensión que deben ser aceptadas por todos y, por otro lado, estaría en contradicción con el rechazo del objetivismo ético.

MORESO sostiene que mi rechazo del cognoscitivismo y del objetivismo moral estaría basado en la tesis de la implicación entre cognoscitivismo ético y el absolutismo moral intolerante de las opiniones discrepantes y, por tanto, sobre mi convencimiento de la implicación inversa entre liberalismo político y democracia, de un lado, y anti-cognoscitivismo ético, de otro. Es verdad, de acuerdo con KELSEN, estoy convencido de estas implicaciones que, repito, valen incluso como argumentos a contrario respecto a los objetivistas que justamente rechazan la acusación de intolerancia. Pero ciertamente no son estas las razones de mi rechazo del objetivismo ético que, sin embargo, sirve repetir, no implica para nada mi adhesión al relativismo moral de tipo emotivista como ha sido definido por MORESO. Si verificase la existencia empírica u ontológica del «conjunto privilegiado de principios» de los que habla MORESO, admitiría tal existencia sin titubeo. Mi anti-objetivismo y mi anti-cognoscitivismo ético están ligados a mi opción, desde siempre, por el objetivismo lógico y la antimetafísica. Se basan sobre dos tipos de tesis que será oportuno explicar, aunque sea sumariamente, al final de nuestra discusión.

Mi primera tesis es que los principios o los valores morales no son cosas, fenómenos o «entidades» objetivas en algún sentido de esta expresión y que la verdad es predicable sólo de las tesis lógicas y de las tesis empíricas. No llego siquiera a entender qué cosa significa «la existencia» de valores morales (o estéticos o de cualquier otro tipo), o la «verdad» o la «objetividad», aunque sea en un sentido mínimo o moderado, de las tesis morales, tanto que la única concepción objetivista de la moral que me parece sensata, aunque sea totalmente absurda, es la católica, según la cual Dios «existe» y la moral es, objetivamente, la querida por él en virtud de un singular y fantasioso voluntarismo e iuspositivismo divino.

Mi segunda tesis es que, a pesar de esto, estoy convencido de que, en la vida en sociedad, la justicia es un valor no menos fundamental que la verdad; que la moral es más importante que el Derecho, tanto que he hablado de una primacía suya, desde el punto de vista externo, sobre el punto de vista jurídico interno [30]; que los fundamentos de la justicia y de la moral —que, a mi parecer (y al parecer de todos nosotros, pero no al parecer de todos) son la libertad, la igualdad, el respeto a la persona, la paz, la democracia, los derechos de libertad y los derechos sociales— son precisamente fundantes pero no fundados; finalmente, que nuestras elecciones morales y nuestros juicios políticos no son, en absoluto, fruto de emociones irracionales sino que pueden (y deben) ser racionalmente y responsablemente argumentados en coherencia con los fundamentos y con los antedichos valores. En suma, la argumentación o justificación racional no es admitida y exigida por las tesis asertivas como fundamento de su verdad sino también, para las tesis prescriptivas, como fundamento de su justicia o también, más sencillamente, de su congruencia y funcionalidad respecto a los objetivos establecidos. Tomemos la tesis moral obvia ejemplificada por MORESO según la cual es moralmente inaceptable torturar a los niños por diversión. Ninguna persona razonable, dice MORESO, sostendría lo contrario. Pero esto quiere decir, no tanto que sea verdadera sino, sencillamente, que es trivialmente justa por las «razones» obvias que, como dice MORESO, «estamos en capacidad de ofrecer a su favor» (Mo., 191). Pero es precisa-

[30] *Derecho y razón*, cit., parte V, cap. XIV.

mente aquí que se manifiesta nuestra discrepancia: tales razones obvias, a mi parecer, sustentan su justicia mas no su verdad. Felizmente nuestro vocabulario es lo bastante rico para permitirnos usar, en cada ocasión, términos distintos y apropiados. ¿Diremos que son verdaderas, o bien, con mayor corrección, que son justas porque racionalmente argumentadas o bien fundamentadas respecto a nuestros valores morales, las tesis de que la paz es preferible a la guerra, o que es intolerable que los seres humanos sean torturados o, incluso, en relación con los valores estéticos, que la Capilla Sixtina de Miguel Ángel es una obra maestra del arte?

En suma, tengo la impresión que muchos principalistas confunden el cognoscitivismo ético y el objetivismo moral con la fundamentación racional de la ética, es decir, con la argumentación racional de las tesis morales; como si la alternativa al cognoscitivismo y al objetivismo moral fuera el relativismo emotivista y no hubiera otra alternativa al irracionalismo en la ética que la fundamentación de la moral sobre la verdad de sus tesis. En realidad, la verdad no coincide para nada con la argumentación racional: aquélla es el valor en sustento de las cuales son argumentadas racionalmente las tesis asertivas, pero la argumentación racional puede tener como objeto también tesis preceptivas o valorativas, de tipo moral, estético o de cualquier otro tipo. Un óptimo ejemplo de argumentación racional es el ofrecido por nuestra discusión. Cada uno de nosotros piensa, obviamente, que las tesis que sostienen son argumentables racionalmente y nadie (con seguridad, yo no) piensa que no lo son las tesis distintas y tal vez opuestas a las sostenidas por los propios interlocutores. De ahí se sigue que ninguno de nosotros puede calificar las propias tesis como verdaderas y las tesis opuestas como falsas, sino afirmar —asumiendo la carga de la prueba— que estas últimas no son argumentables racionalmente. En caso contrario, si reconocemos que también las tesis distintas de las nuestras son argumentadas racionalmente o, en todo caso, no llegamos a demostrar su irracionalidad, debemos renunciar a la identificación entre verdad y justificación racional y admitir que en el origen de nuestras discrepancias está la diversidad de nuestras asunciones de base, que en este caso son nuestras concepciones de la verdad: de un lado, la idea ético-cognoscitivista de la justificación racional de las tesis morales como verdad; de otro, una concepción de la verdad más restringida, como valor sólo predicable de las aserciones lógicas o empíricas, por lo cual, son excluidas, aunque sean racionalmente justificadas, las tesis morales. Otro ejemplo de justificación racional no coincidente con la verdad es el ofrecido por la estipulación de los postulados y de las definiciones de una teoría del Derecho. Estas asunciones —distintas de teoría en teoría— no son ni verdaderas ni falsas, pero ciertamente no son, en absoluto, arbitrarias, habiendo sido elegidas y a lo mejor repetidamente integradas y precisadas en el curso de la teoría. Es lo que yo mismo he experimentado, modificándolas y ajustándolas, poco a poco, a medida que procedía en la construcción de la teoría sobre la base del argumento claramente racional de su mayor alcance empírico y capacidad explicativa.

Hay, finalmente, un último aspecto de la cuestión que merece ser analizada, al haber sido muchas veces reclamada por M. ATIENZA, por MORESO y, sobre todo, en este debate, por G. PINO: se trata del «razonamiento moral» exigido por la interpretación de los principios constitucionales que utilizan «conceptos morales». Escribe PINO: «Si la determinación de la validez material de las normas jurídicas requiere necesariamente interpretación, y si en tal actividad interpretativa también está involu-

crada la determinación del significado de las normas superiores, y si, por último, tales normas superiores son formuladas de modo tal que incluyan conceptos morales cuya interpretación requiere una forma de razonamiento moral, entonces la conclusión es inmediata: en el Estado constitucional de Derecho, la determinación de la validez material de las normas jurídicas, además de los componentes valorativos normalmente incluidos en cualquier actividad interpretativa, requiere también una forma de razonamiento moral» (Pi., 226). La única implicación de esta tesis es la ya comentada en respuesta a PRIETO al final del parágrafo precedente, según la cual la validez sustancial de las normas legales (pero no, como he demostrado, su existencia, vigencia o pertenencia a un determinado ordenamiento) está condicionada por la interpretación que involucra juicios y elecciones morales. Pero no noto, como ya he dicho, por qué esto conlleve la superación de la clásica separación entre Derecho y moral en los sentidos antes precisados y no, simplemente, el reconocimiento de los inevitables espacios de discrecionalidad interpretativa admitidos por los conceptos morales y, en general, por todos los conceptos expresados en términos vagos y/o valorativos: de los conceptos de igualdad o dignidad de las personas a los conceptos de ultraje o vilipendio, de los conceptos económicos a los estéticos, de los derechos fundamentales a las nociones penales de maltrato o de actos obscenos. Es claro que tras la interpretación de los términos morales hay elecciones morales: un liberal y un reaccionario darán, respectivamente, interpretaciones restrictivas y extensivas de los conceptos de ultraje o de vilipendio. Pero el estatuto moral de un concepto retroactúa sobre el razonamiento jurídico de una manera no distinta del estatuto de cualquier otro concepto valorativo. Si luego queremos denominar a todo esto «conexión entre Derecho y moral» debemos admitir que se trata de una conexión no distinta de la cuarta conexión que he dado por descontada y como irrelevante sobre el plano teórico y, en todo caso, plenamente compatible con la tesis iuspositivista de la separación.

6. REGLAS Y PRINCIPIOS. PRINCIPIOS REGULATIVOS Y PRINCIPIOS DIRECTIVOS

La segunda discrepancia de fondo surgida de nuestro debate concierne a la naturaleza y al alcance de la distinción entre reglas y principios. La cuestión está estrechamente conectada con la del rol de la ponderación en adición o en oposición a la subsunción: en efecto, mientras a las reglas les corresponde la subsunción, según la opinión dominante, a los principios les corresponde la ponderación.

Antes de enfrentar la cuestión teórica de la diferencia entre reglas y principios es bueno interrogarnos sobre su nexo con la cuestión apenas discutida de la separación o de la conexión entre Derecho y moral. Existe ciertamente un nexo entre la separación y el modelo tradicional de las reglas y de la subsunción. En efecto, la separación conlleva la identificación de la «objetividad» del Derecho sólo con aquella positiva creada por la ley, cuales sean que fueran sus contenidos morales. Por tanto, es un corolario del principio de legalidad, que hace posible a su vez, mediante la previsión legal de los hechos regulados por las reglas, la subsunción de los primeros en las segundas, aunque con los márgenes de discrecionalidad ligados al carácter siempre opinable de la verdad jurídica y probabilística de la verdad fáctica. En efecto,

veritas (non auctoritas) facit legem en cuanto *auctoritas (non veritas) facit legem*. El cognoscitivismo judicial implica el convencionalismo legal, es decir, el principio de positividad (que he llamado la *mera legalidad*), aunque no viceversa, siendo además necesaria la exacta y taxativa previsión legal de los hechos regulados (que he llamado la *estricta legalidad*) porque la subsunción también tiene un carácter tendencialmente cognoscitivo. En todo caso, la separación del Derecho de la moral —que, no obstante su pretendida objetividad, siempre es la moral subjetiva de los jueces y de los juristas teóricos— es el precio que se paga a la certeza del Derecho y, por tanto, a los valores de la igualdad ante la ley, de la libertad contra el arbitrio moral de los jueces y de la sujeción de estos a la ley[31].

Más problemático es el nexo entre la tesis de la conexión y el modelo de los principios y de la ponderación. Paradójicamente, en efecto, entre la primera y el segundo parecería haber, incluso, una contradicción, dado que el objetivismo y el cognoscitivismo moral en el sentido fuerte antes explicado debería, en vía de principio, hacer posible la comprobación de la «verdad moral», es decir, de una «única solución correcta», mientras los principios y la ponderación requieren, indudablemente, elecciones aún más discrecionales que las exigidas por el modelo de las reglas y de la subsunción. Esto, para los principalistas, debería representar un ulterior argumento contra un similar objetivismo fuerte. Sin embargo, si la conexión entre Derecho y moral se asocia con el objetivismo en sentido débil, entendido como justificación racional de las soluciones adoptadas (en realidad, por tanto, a un pseudo-objetivismo), entonces entre la tesis de la conexión y el modelo de los principios y de la ponderación no existe ninguna relación.

Así pues, la cuestión de la relación entre principios y reglas y del rol de la ponderación, en adición o como alternativa a la subsunción, permanece pendiente e independiente de nuestras concepciones sobre la relación entre Derecho y moral. Bajo este aspecto, sólo se puede hablar: *a)* de una tendencia de quienes sostienen la tesis de la separación para valorizar el modelo de las reglas y de la subsunción y para asumir, por tanto, la distinción entre principios y reglas como una distinción débil, ligada sólo al mayor grado de indeterminación generalmente característico de los primeros, y *b)* de la tendencia opuesta de quienes sostienen la tesis de la conexión para valorar, en cambio, el modelo de los principios y aquel conexo de su ponderación y para asumir, por tanto, la misma distinción como una distinción estructural o cualitativa. Pero el principio de positividad y la tesis de la separación no implican necesariamente sino que sólo favorecen el modelo de las reglas y de la subsunción, aún siendo implicados por éste, y la conexión, a su vez, no implica necesariamente sino sólo favorece y apoya el modelo de los principios y de la ponderación. Como ha destacado García Figueroa (GF, 128-130), hay positivistas que dan una gran importancia al modelo de los principios y de la ponderación e, incluso, no positivistas que tienden a interpretar todas las normas como reglas.

Retomamos entonces el análisis de la distinción entre reglas y principios. En el texto con el que se ha abierto esta discusión he reducido fuertemente el espacio y el

[31] Sobre el nexo entre el cognoscitivismo judicial y el convencionalismo legal, remito a *Derecho y razón*, cit., parte I, cap. I, § 1.

rol asociado a los principios, incluso en el Estado constitucional de Derecho. Concretamente, he propuesto distinguir entre los *principios regulativos*, que se comportan como las reglas, y los *principios directivos* o *directrices*, que tienen el valor de normas programáticas, como les llaman ATIENZA y RUIZ MANERO o de mandatos de optimización como les llama ALEXY. En efecto, he caracterizado los principios regulativos como aquellos principios que dictan figuras deónticas por las que es posible configurar una violación respecto a la cual son relevantes como reglas, y las directrices como aquellos principios que indican objetivos políticos sin que se pueda predeterminar una precisa violación de ellas. Así entendida la distinción, se incluyen entre los principios regulativos el principio de igualdad y todos o casi todos los derechos fundamentales, mientras que se incluyen entre las directivas, por ejemplo, las normas que en la Constitución italiana establecen que «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» o que «es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social» que limitan «la libertad y la igualdad de los ciudadanos» o que «la República estimula y protege el ahorro» y similares. Es claro que las normas de este segundo tipo —aunque tengan, como escribe GARCÍA FIGUEROA, una gran «capacidad de irradiación o de impregnación del resto del ordenamiento» (GF, 133)— no dictan ni prohíben alguna conducta específica y, por tanto, no se pueden prefigurar sus violaciones específicas. Al contrario, los principios regulativos como la mayor parte de los derechos fundamentales [32] son reglas, que en *Principia iuris* he llamado *reglas* y *normas deónticas* (D8.5, D4.8) porque establecen figuras deónticas de las cuales se puede configurar el respeto o la violación, la observancia o la inobservancia, la acción o la inacción.

F. LAPORTA encuentra «poco convincente [...] la aparente facilidad con la que pretendo conocer las obligaciones y prohibiciones correlativas» a aquellas reglas que he llamado «principios regulativos» (Lap., 177). Pero esta facilidad depende del hecho que tales obligaciones y prohibiciones son exactamente aquellas identificadas por la constitución en correspondencia con los derechos establecidos en ella. Tal correspondencia —consistente en la identidad y, por tanto, en la igual determinación de los comportamientos que forman el objeto de los derechos y de los deberes correspondientes a ellos— es, en efecto, una tesis de teoría del Derecho [33] y no ciertamente de dogmática

[32] No todos los derechos fundamentales son reglas sino, como he dicho, sólo aquéllos de los que es posible configurar la realización o la violación. Por ejemplo, el «derecho al trabajo» previsto en el art. 4 de la Constitución italiana, a pesar del nombre, es más bien una directriz —la de una política dirigida a realizar la plena ocupación— y no un principio regulativo pues, en una sociedad capitalista, no es posible configurar como su garantía primaria ninguna obligación específica correspondiente, a cargo de algún sujeto del ordenamiento.

[33] Expresada en *PrinI* por las tesis T10.119-T10.126, T10.135-T10.136, T10.170-T10.185, T10.209-T10.237, T10.254-T10.255, T10.288-T10.291, T11.101-T11.111. Como he sostenido en *PrinI*, § 3.4, 184-186, no habiendo ninguna prioridad lógica de los derechos (es decir, de las expectativas pasivas de no lesión o de prestación) respecto a los deberes (es decir, a la modalidad activa de la prohibición y de la obligación) ni viceversa, las mismas normas pueden ser formuladas, sea en términos de expectativas positivas o negativas, sea en términos de obligaciones o prohibiciones, y los distintos estilos legislativos se deben a razones tanto técnicas como políticas: así, por ejemplo, las normas constitucionales están expresadas en términos de derechos y, por tanto, de principios regulativos para subrayar la centralidad constitucional de las personas que son titulares de los derechos fundamentales, mientras que las normas sustanciales del Código Penal son formuladas en términos de prohibiciones porque de esta forma se prestan mejor a satisfacer el principio de taxatividad de la ley penal.

jurídica y es, por tanto, sobre el plano teórico y conceptual una tesis formal del todo independiente de los problemas de interpretación del significado de los enunciados del Derecho positivo, pertenecientes en cambio, sean fáciles o difíciles, a la dogmática y a la jurisdicción. Los principios constitucionales que enuncian derechos podrán ser no menos vagos e indeterminados que el resto de las normas en forma de reglas. Pero el contenido prescriptivo de los deberes impuestos por ellos es exactamente idéntico al de los derechos conferidos por ellos: el derecho constitucional al honor, por ejemplo, tiene exactamente la misma indeterminación que la prohibición de daño al honor y a la reputación de los demás, expresada por las normas penales sobre la injuria y la difamación. Sin embargo, la indeterminación de un principio regulativo es una cosa del todo distinta a la imposibilidad de configurar una específica violación, como en cambio sucede para las directivas, incluso las de fundamental importancia, como por ejemplo el principio que «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» o el principio de la «dignidad de la persona». En suma, si mediante la interpretación doctrinaria o judicial de un principio no estamos en capacidad de suponer, aunque fuera en términos vagos, los comportamientos que son sus posibles violaciones, entonces quiere decir, sobre la base de la distinción que he propuesto, que ése, aunque fundamental, no es un principio regulativo sino una directiva.

ATIENZA, aún no compartiendo la tesis de ALEXY de que los principios son mandatos de optimización (At., 78), caracteriza todos los principios, en oposición a las reglas: *a)* como normas que configuran el caso en forma abierta, mientras las reglas lo hacen en forma cerrada, y *b)* con el hecho que su indeterminación es más radical que aquella de las reglas aunque estas también pueden ser vagas e imprecisas. No me parece que esta diferencia sea generalizable. Por ejemplo, el principio de igualdad y el de la libertad personal, como son enunciados por los arts. 3 y 13 de la Constitución italiana, no están ciertamente formulados en forma más «abierta» e «indeterminada» que las reglas penales sobre la peligrosidad social o sobre los eximentes de la legítima defensa y del estado de necesidad. En todo caso, no se trata de una distinción de carácter conceptual sino ligada al distinto grado de apertura y de indeterminación de dos tipos de normas, mayor en los principios y menor en las reglas. Por lo demás, no me parece siquiera una diferencia de estructura el rasgo distintivo de los principios, propuesta por ATIENZA y por J. RUIZ MANERO, entre «principios en sentido estricto» y «directrices» que parece basada, sobre todo, en la mayor importancia de los primeros, que expresan «valores últimos» y operan como «razones últimas» o «finales» de las acciones y, por tanto, prevalecen sobre los segundos —siendo estos también derogables— y operan, en cambio, como «razones para la acción de tipo utilitario» [34].

Por otro lado, G. PINO ha observado que mi falta de distinción entre principios y reglas, dejaría «en penumbra» lo que llama «la dimensión nomogenética de los principios», es decir, «su aptitud para justificar otras normas», sean estas explícitamente existentes o solamente implícitas y, sobre todo, «a justificar muchas normas distintas en vez de equivaler a una sola regla» (Pi., 213-214). También esta diferencia me parece que no es generalizable ni, por tanto, decisiva. En efecto, no veo por qué esta capacidad nomogenética no deba valer también para las reglas, como la regla establecida

[34] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 1996, cap. I, § 2.2.3, 14, y cap. IV, § 4, 140-141.

en el art. 13, inciso 5.º de la Constitución italiana, según la cual «la ley establece los límites máximos de la carcelería preventiva» pero, sin embargo, sin especificarlos; o la establecida en el segundo párrafo del art. 36 que establece «se determinará por la ley la duración máxima de la jornada de trabajo» que, sin embargo, puede establecerla en distintas medidas; o la dispuesta en el art. 53 de la Constitución según la cual «el sistema tributario se inspirará en criterios de progresividad» sin, sin embargo, precisar la distancia entre las distintas alícuotas [35].

Finalmente, BARBERIS ha señalado como diferencia esencial el hecho, ya destacado por G. PINO, que los principios incorporan expresamente los valores morales (Ba., 90-91) [36]. Pero ni siquiera ésta es una diferencia de estructura. Es sólo una diferencia de estilo, como he destacado en el ensayo que estamos discutiendo, dictada por la oportunidad de explicitar los valores fundantes de la institución política y, conjuntamente, de fijarlos como derechos fundamentales para la titularidad de las personas y de los ciudadanos. Por lo demás, en confirmación de la perfecta correlación entre derechos y deberes, no siempre ha sido adoptado el estilo de los derechos. Por ejemplo, la libertad religiosa, la libertad de prensa y de reunión han sido aprobados por la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en la forma de una regla: la regla que impone al Congreso la prohibición de hacer leyes que limiten tales derechos.

Pero BARBERIS añade, contra mi devaluación de la distinción estructural entre reglas y principios, una crítica que rechazo por injusta: me libraría de tal distinción no por razones teóricas sino ideológicas. Al igual que C. REDONDO, rechazaría la configuración de muchas normas constitucionales como principios porque esto terminaría por oscurecer su normatividad (Ba., 92). Habría así subordinado la aceptación de una tesis teórica por sus desagradables implicaciones prácticas. Calma, BARBERIS. He dicho, apenas en el parágrafo precedente a propósito de una cuestión mucho más importante sobre el plano moral, que estaría dispuesto a hablar de «verdades morales» e, incluso, a exponerme a la acusación de intolerancia si estuviera convencido, sobre el plano teórico, de la objetividad de la moral. La naturaleza de la distinción entre reglas

[35] G. PINO ha dirigido, además, una extraña crítica a mi crítica de la distinción fuerte entre reglas y principios, basada en el hecho que «cualquier principio que enuncia un derecho fundamental, por la recíproca implicación que liga las expectativas en las que consisten los derechos y las correlativas obligaciones o prohibiciones, equivale a la regla consistente en la obligación o en la prohibición correspondiente». «No es verdad», escribe PINO, «que las reglas sean *siempre* (cursivas mías) formuladas haciendo referencia a su violación [...] ni siquiera la norma que se refiere al homicidio en el Código Penal italiano está formulada haciendo referencia a su violación; lo mismo puede decirse de normas constitutivas como aquéllas sobre la adquisición de la mayoría de edad, o sobre la formación de los contratos y de los otros actos jurídicos; de normas que reglamentan actos procesales» (Pi., 214). ¿Qué otra cosa es sino la violación de la norma sobre el homicidio, el comportamiento de quien «causa la muerte de un hombre», como dice el art. 575 del Código Penal italiano, proveyéndolo como presupuesto de la «reclusión no menor a veintiún años»? En cuanto a las normas constitutivas, como se verá mejor más adelante, las he caracterizado como reglas inviolables debido a que constituyen performativamente aquello que establecen. En efecto, la violación es posible no para todas sino sólo para las reglas deónticas, es decir, formuladas en términos de modalidades o de expectativas deónticas como son, por ejemplo, los derechos fundamentales y sus correspondientes garantías. Finalmente, las normas sobre la formación de los contratos y sobre los actos procesales son precisamente reglas, de las cuales es posible tanto la observancia como la violación.

[36] G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 52 y 130.

y principios es una cuestión conceptual que pertenece a la teoría del Derecho. Y los conceptos teóricos como «regla» y «principio» tienen, repito, un carácter formal que permite utilizarlos en relación con cualquier experiencia jurídica, incluso aquellas caracterizadas por los principios más reprobables.

Será entonces oportuno, para responder a todas estas críticas, volver a proponer los argumentos, teóricos y no ideológicos, por los que considero infundada y errónea la distinción neoconstitucionalista entre principios y reglas. Es cierto: la mía es una teoría de las reglas, como acertadamente escribe BARBERIS, y no de los principios (Ba., 90). En mi léxico todas las normas jurídicas son reglas (D8.1, T8.1) y la tipología de las normas es íntegramente una tipología de las reglas (T4.55-T4.57, T8.21, T8.26, T8.36). En efecto, he identificado las reglas, con mis postulados P7 y P8, con todas aquellas prescripciones de carácter general y abstracto que *disponen* modalidades o expectativas positivas o expectativas negativas, o bien *predisponen* modalidades o expectativas positivas o expectativas negativas o estatus. Y he distinguido las reglas en dos grandes clases: las reglas que disponen o predisponen figuras deónticas como las facultades, los derechos y los deberes, y que he llamado *reglas* o *normas deónticas* (D4.8 y D8.5), y las reglas que disponen o predisponen estatus y que son las *reglas* y las *normas constitutivas*. Las reglas del primer tipo se pueden observar o violar; las reglas del segundo tipo son inviolables [37]. Pero en el Derecho, escribe BARBERIS, también hay principios (Ba., 90). Ciertamente. Sin embargo, en mi tipología, que tiene el defecto de haber sido elaborada independientemente de las teorías de DWORKIN y de ALEXY, los principios también son configurables como reglas: como reglas deónticas, aquellas que he llamado «principios regulativos», y como reglas constitutivas aquellas que he llamado «principios directivos» o «directrices». En efecto, mi noción de regla es mucho más extensa que la empleada en el léxico principalista. Con base en ella son reglas (y normas) deónticas —esta es la tesis dotada de mayores implicancias prácticas— también los principios que enuncian derechos fundamentales, y que denomino «regulativos» porque consisten en normas que atribuyen aquellas particulares figuras deónticas que se pueden observar o violar, que son las expectativas de no lesión o de prestación conferidas universalmente a todos en tanto que personas, ciudadanos, o con capacidad de obrar. Por otro lado, se incluyen entre las reglas (y las normas) constitutivas aquellos principios que he denominado «directrices» y que son constitutivos porque diseñan performativamente la identidad de las instituciones a las que pertenecen sin que sea prefigurable de ellos ninguna violación específica: es el caso de los principios constitucionales antes recordados —como el art. 1 de la Constitución italiana («Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo»)— que expresan la identidad y, por así decir, el *status personae* del Estado italiano.

En el curso de una reciente discusión, incluida sólo en parte en esta publicación, J. RUIZ MANERO me ha dirigido una importante objeción: incluso admitiendo que los principios que enuncian derechos fundamentales son reglas en el mencionado sentido, resta, sin embargo, una diferencia: que en las otras reglas, a diferencia que en los principios, está predeterminado el antecedente, es decir, el presupuesto de hecho al que se conectan sus consecuencias jurídicas. Es verdad: las reglas que predeterminan el ante-

[37] *PrinI,* caps. IV y VIII.

cedente de las consecuencias establecidas en ellas corresponden a la segunda categoría de reglas que he indicado en *Principia iuris* con el postulado P7 [38]: es decir, aquellas que he llamado *reglas* (y *normas*) *hipotéticas*, y que he distinguido en *hipotético-deónticas* e *hipotético-constitutivas*, según que predispongan modalidades o expectativa deónticas, o bien estatus, como *efectos* de los *actos* previstos y predeterminados por ellas: por ejemplo, «en caso que se cometa el crimen tal, entonces existe el deber de aplicar la pena tal»; «si se concluye una compraventa, entonces se consiguen como efectos de ella las obligaciones tales y los derechos correlativos», y similares. Sin embargo, en la otra clase de reglas, la de las reglas que he llamado *reglas téticas* y, en particular, en la subclase de las que he llamado *reglas tético-deónticas*, está empíricamente determinado el consecuente, es decir, el comportamiento o el *acto* que es la *realización* de la *situación* adscrita. Forman parte de esta subclase los principios regulativos que enuncian derechos fundamentales en los que está empíricamente determinado el consecuente, de modo no menos (ni más) exacto de cuanto lo sea el antecedente de las correlativas normas hipotético-deónticas. De ahí las conexiones de los contenidos normativos de las dos clases de reglas —las relaciones de *factibilidad* entre la situación y el acto que es su realización, dispuesta por las reglas tético-deónticas, y las relaciones de *eficacia* entre el acto y la actuación que es su efecto predispuesto por las reglas hipotético-deónticas— en la secuencia de actos y de situaciones, es decir, de realizaciones y de efectos, que he expresado con mis teoremas T6.48-T6.51, T8.81-T8.84 e T12.127-T12.128. En efecto, como muestra mi cuadrado lógico de las expectativas pasivas correlativo al cuadrado lógico de las modalidades activas, las expectativas positivas tienen el mismo argumento de las obligaciones correspondientes y las expectativas negativas tienen el mismo argumento de las prohibiciones correspondientes [39]: el derecho de crédito, por ejemplo, tiene el mismo argumento del correspondiente débito, y la libertad de manifestación del pensamiento equivale a la prohibición de limitar las manifestaciones del pensamiento. El grado de determinación de las reglas tético-deónticas y las de las reglas hipotético-deónticas es, por tanto, exactamente el mismo, dependiendo de la determinación del comportamiento previsto, que en las primeras (las únicas teorizadas por KELSEN con la muy conocida relación «si A, entonces debe ser B») es el antecedente, mientras en la segundas es el consecuente [40]. Por ejemplo, el

[38] Es útil recordar estas elementales asunciones de *PrinI*, Premessa, 89 y §§ 4.5-4.6, 222-228. Según el postulado P7, las reglas «o son ellas mismas modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus, o bien predisponen modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus». Según las definiciones D4.6 y D4.7, son reglas téticas las que «disponen modalidades, o expectativas positivas o negativas, o estatus» y reglas hipotéticas las que «predisponen modalidades, o expectativas positivas o negativas, o estatus» como efectos, donde se trate de normas hipotéticas, de los actos jurídicos que las tienen por causa (T8.33). Cruzando esta distinción con aquélla entre reglas deónticas y reglas constitutivas (D4.8, D4.9, T4.55-T4.56) tendremos cuatro clases de reglas: las reglas tético-deónticas, que disponen ellas mismas modalidades deónticas, o expectativas positivas o negativas (T4.58); las reglas tético-constitutivas, que disponen ellas mismas estatus ónticos (T4.59); las reglas hipotético-deónticas, que predisponen modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas; las reglas hipotético-constitutivas que predisponen estatus ónticos (T4.61). La tipología de las normas jurídicas que son las reglas producidas por los actos jurídicos (D8.1), copia íntegramente la de las reglas (T8.21-T8.29 y T8.36): las normas se distinguen, por tanto, en tético-deónticas, hipotético-deónticas, tético-constitutivas e hipotético-constitutivas (*Prin.I*, § 8.2-8.3, 399-406).

[39] *PrinI*, cap. II, §§ 2.2-2.3, 141-151.

[40] Se trata, precisamente, de las dos conexiones normativas —entre el acto y su efecto que generalmente es una situación jurídica, y entre la situación y su realización jurídica que es siempre un acto jurídico— que en *Principia iuris* he expresado con la relación de eficacia entre los actos y sus efectos (D5.3, T5.35) y con las re-

derecho fundamental (porque *omnium*) a no ser matado, que equivale a la prohibición (*erga omnes*) de matar, tiene la misma determinación de la regla hipotética que quienquiera que mate a una persona es sancionado con una pena determinada. El derecho fundamental (porque *omnium*) al honor, que equivale a la prohibición (*erga omnes*) de ofender el honor de otros es, igualmente, indeterminado como regla hipotética con base en la cual quien injuria o difama, es decir, ofende el honor de otros, es sancionado con una pena determinada.

En suma, el grado de apertura o de indeterminación de las normas no depende del estilo normativo, es decir, de su formulación a modo de reglas que conciben un supuesto de hecho, o de principios que atribuyen una situación, sino de la semántica del lenguaje normativo, es decir, de la determinación del comportamiento que en las normas del primer tipo figura como antecedente de los efectos previstos en ellas, mientras que en las normas del segundo tipo figura como consecuente de la situación jurídica atribuida por ellas. Aparte, los principios directivos, que como he dicho son normas tético-constitutivas que dictan los principios informadores del sistema y no prefiguran específicas violaciones, y los principios regulativos que enuncian derechos fundamentales, es decir, expectativas *omnium*, a su respeto y realización, son no menos vinculantes que las reglas *erga omnes* lógicamente correspondientes que imponen la prohibición de su lesión o la obligación de su satisfacción. Consecuentemente, a mi parecer, se debilita la principal razón por la que son considerados derogables sobre la base de su ponderación con otros principios.

7. PONDERACIÓN, SUBSUNCIÓN Y COMPRENSIÓN EQUITATIVA. LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES

Llego así a la tercera y última de las cuestiones antes señaladas sobre la cual existe un tercer disenso, seguramente dotado de mayores implicancias prácticas, entre el constitucionalismo garantista y el constitucionalismo principalista. La consecuencia más importante de la diferencia estructural instituida por los principalistas entre principios y reglas y, sobre todo, de la extensión que asocian a los primeros hasta incluir tendencialmente a todos los derechos fundamentales y los principios de justicia estipulados en las constituciones, reside en el hecho que los principios son concebidos como normas pasibles no ya de aplicación inderogable como las reglas, sino de balance o ponderación, es decir, de una opción interpretativa en virtud de la cual, siendo ponderados los principios que concurren entre sí, la aplicación en el caso concreto de aquellos (que se creen) con mayor peso o importancia, conlleva la derogabilidad y la no aplicación de los otros.

---

laciones de factibilidad entre las situaciones, consistentes en figuras deónticas y su actuación (D6.2, T6.60). El fallido relieve dado por la teoría del Derecho a esta segunda relación probablemente se deba a la configuración simplificada de los fenómenos normativos propuesta por KELSEN quien, al no distinguir entre el acto normativo y la norma del que es su efecto, identifica solamente la primera de estas dos relaciones, obligándose así a asociar la dimensión deóntica del Derecho (el «Sollen») con aquello que es un nexo lógico de implicación entre el acto y su efecto e impidiendo, además, más allá que el análisis de las relaciones deónticas entre las situaciones y su actuación, la comprensión de la compleja fenomenología del Derecho generada por las secuencias de actos y situaciones, es decir, de relaciones de factibilidad y de eficacia que he expresado, conectando y concatenando las dos relaciones, con los ya citados teoremas T6.48-T6.51, T8.81-T8.84 y T12.127-T12.128.

Es claro que semejante ponderabilidad y derogabilidad de los principios debilita la fuerza normativa y el rol garantista de las normas constitucionales subordinándolas, de hecho, a las elecciones, aunque sean ponderadas por el legislador o por el juez constitucional: que, en breve, conlleva una tendencial inversión de la jerarquía de las fuentes y contradice, como ha observado REDONDO, la sustancia misma del constitucionalismo (Re., 258). Por el contrario, la configuración como reglas de aquellos que he llamado principios regulativos, entre los que pueden incluirse casi todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, exige la rígida aplicación de los actos que son sus realizaciones o violaciones según el clásico modelo de la subsunción. Como he dicho al inicio, se trata de dos maneras distintas de reconstruir sobre el plano teórico la discrecionalidad que está en la base de la interpretación y de la realización del dictado constitucional: de un lado, la elección ponderada entre principios, del otro, la vieja interpretación sistemática del conjunto de las normas aplicables; de un lado, la idea de la concurrencia de muchas normas como conflicto, del otro, su configuración como concurso de normas; de un lado, la derogación de uno de los principios en conflicto, del otro, la aplicación de la norma especial, lógicamente prevalente, donde resulte más específica y pertinente respecto a la norma general. Concretamente, en relación con el poder legislativo, el constitucionalismo garantista se caracteriza por los límites rígidos e inderogables impuestos por las normas constitucionales y, en particular, por las que establecen los derechos fundamentales. En cambio, en relación con el poder judicial, se caracteriza por la configuración siempre como subsunción de la *juris-dictio*, es decir, de los juicios sobre la invalidez de las leyes en contraste con los principios regulativos constitucionalmente establecidos, incluso en los casos en los que tales juicios, por la escasa determinación de los principios aplicados, resulten fuertemente opinables y controvertidos.

En nuestro debate se ha sostenido cierto rol de la ponderación entre principios ante el concurso de normas y, por tanto, de la derogabilidad de los principios de menor peso, incluso por quienes han asumido al respecto las posiciones más moderadas y prudentes. L. PRIETO, tras expresar la exigencia de «reconducir la ponderación a sus justos límites» y de no considerarla una «especie de talismán para justificar los más osados ejercicios interpretativos» y «una fábrica de caprichosas normas o principios» (Pr., 239), propone un ejemplo paradigmático de ponderación: la elección entre «el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones» enunciada en el art. 3, inciso 1.º de la Constitución española y el principio de la «denominada igualdad sustancial» enunciado en el art. 3, inciso 2.º de la Constitución italiana y en el art. 9, inciso 2.º de la Constitución española. El caso en el que PRIETO considera a los dos principios en un conflicto, soluble sólo mediante ponderación, y que me parece en cambio un caso «de aplicación ordinaria de reglas», es el de las acciones positivas a favor de la mujer y, más en general, de grupos de personas discriminadas de hecho (Pr., 239). Según PRIETO, medidas de este tipo son «violaciones» del principio de igualdad formal, algunas aceptables en virtud de la aplicación del distinto principio de igualdad sustancial pero otras, en cambio, inaceptables, por lo que la decisión sobre su aceptabilidad o no «depende de un juicio de ponderación» ampliamente discrecional (Pr., 239). Pienso, al contrario, que la igualdad sustancial no está prescrita por un principio en conflicto o siquiera distinto del principio de igualdad formal sino que es simplemente la efectividad (o, en todo caso, un grado relevante de efectividad) de tal principio y que, por tanto,

tales medidas no son sino garantías del principio de igualdad y de la consiguiente prohibición de discriminaciones. En efecto, el principio de igualdad es una norma que impone la no discriminación de las diferencias personales como las diferencias de sexo, nacionalidad, religión y similares. Sin embargo, si atendemos a los hechos, debemos reconocer que estas discriminaciones son practicadas en la realidad en violación de su prohibición como muestran, por ejemplo, los bajísimos porcentajes de mujeres elegidas en el Parlamento italiano. Por esto, una vez admitido que, de hecho, entre hombres y mujeres suceden discriminaciones no justificadas por razones de mérito, medidas como las acciones positivas a favor de los sujetos discriminados no sólo no son violaciones del principio de igualdad sino que, al contrario, son garantías de efectividad de dicho principio impuestas como debidas [41]. Ante tales medidas garantistas, entonces, no hay espacio para la ponderación judicial al no existir distinción ni mucho menos oposición entre principios. Una cuestión completamente distinta, incluida en la fisiología del control de constitucionalidad, es la valoración concreta de las circunstancias de hecho: si una determinada medida es compatible o incompatible con el principio de igualdad sobre la base de los juicios, siempre opinables, acerca de la inexistencia o existencia de las supuestas discriminaciones.

A su turno, Á. RÓDENAS admite la subsunción en los casos evidentes de invalidez sustancial «de corto alcance» (Ro., § 2, 267-268) pero la excluye en los casos no evidentes «de largo alcance» (Ro., § 3, 268-269) como el de la ley orgánica española núm. 8 de 1985 que prevé financiamientos para las escuelas privadas y que, por tanto, es considerada por algunos como realización del art. 27, inciso 3.º de la Constitución sobre el derecho de los padres que a sus hijos se les imparta una educación religiosa y moral conforme a sus convicciones, mientras que para otros está en contradicción con el principio de laicidad y aconfesionalidad del Estado (Ro., 269-271). Pero esto es simplemente un caso (relativamente) difícil en el que se maximiza su carácter opinable y, por tanto, la discrecionalidad del intérprete constitucional. Considero que para explicarlo no es en absoluto necesario recurrir a la ponderación. En Italia, una ley como la recordada sería ciertamente inconstitucional, al no estar previsto en la Constitución italiana el derecho de los padres previsto en el art. 27, inciso 3.º de la Constitución española y estando, en cambio, explícitamente prohibido por el art. 33, inciso 3.º, que la educación privada conlleve «gastos para el Estado». En España, en cambio, ambas tesis, la de la inconstitucionalidad y la de la constitucionalidad de la ley, son razonablemente argumentables con base en la Constitución. Se puede afirmar la tesis de la constitucionalidad sobre la base del mencionado art. 27, inciso 3.º, interpretado como un límite al principio de laicidad, o bien, se puede afirmar la tesis de la inconstitucionalidad con el argumento sostenido por RÓDENAS que la ley lesiona el principio de neutralidad del Estado y de la igualdad de los credos religiosos previsto en el art. 16, inciso 3.º —y, añadiría, el derecho de los niños a una educación que, según el art. 27, inciso 2.º, debe estar dirigida al «pleno desarrollo de la personalidad humana»—, mientras el derecho previsto en el inciso 3.º del art. 27 no incluye para nada un derecho social al financiamiento público sino que es sólo el derecho de libertad de los padres «para que

[41] En este sentido, *vid.* L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto.* A. FACCHI, C. FARALLI y T. PITCH (eds.), Bologna, Il Mulino, 2005. Cfr., también, de mi autoría, «La igualdad y su garantía», en A. RUIZ MIGUEL y A. MACÍA MORILLO (eds.), *Desafíos de la igualdad. Desafíos a la igualdad*, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 13, 2009, 311-325.

sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» a través de la instrucción doméstica o la ofrecida por las parroquias o las asociaciones religiosas. Pues bien, no veo por qué la solución de este dilema requiera la ponderación. En efecto, los casos son sólo dos: o se sostiene, con razón o sin ella, que el derecho de los padres previsto en el art. 27 no incluye también el derecho social al financiamiento público de las escuelas privadas, a la luz de los principios de laicidad, de igualdad y del derecho a una educación dirigida al desarrollo de la personalidad, o bien se sostiene lo contrario, sobre la base de la tesis que tal derecho sea un límite, y por ello una norma especial, respecto a todos los demás principios antes enumerados. Se trata, en ambos casos, de verdades opinables, racionalmente ambas argumentables con base en la interpretación sistemática, como son siempre relativamente opinables las verdades jurídicas en todos los casos de concurso de normas y, más en general, de indeterminación semántica.

En efecto, estoy muy lejos de sostener, como me hace decir Ruiz Miguel que dado que pienso que los conflictos entre derechos son mucho menos frecuentes de cuanto sugiere el constitucionalismo principalista, entonces existe una única solución correcta (RM., 287). El juego del Derecho viviente, a causa de la inevitable discrecionalidad de la interpretación, es exactamente lo opuesto de la única solución: de una misma norma, independientemente de sus posibles conflictos con otras, pueden ser determinadas interpretaciones distintas y a veces opuestas, como muestra el debate en cualquier proceso y las distintas orientaciones en la jurisprudencia y de la doctrina. Lo único de lo que estoy convencido es que para explicar la discrecionalidad interpretativa y la necesidad de motivarla y argumentar su ejercicio, no sólo no es necesario sino erróneo el recurso a la ponderación entre principios, es decir, a la derogación de un principio sobre la base de la elección ponderada y argumentada por algún otro. Sería como decir que en presencia de una circunstancia eximente, como por ejemplo el estado de necesidad, haría falta realizar una ponderación entre la norma sobre el estado de necesidad y la norma que prevé el delito, en lugar de, simplemente, subsumir o no el hecho sometido a juicio en la norma sobre el estado de necesidad, con base en la valoración equitativa de las circunstancias del primero y de la interpretación de la segunda, la una y la otra argumentadas lo más racionalmente posible.

Rechazo por tanto la crítica planteada por A. Greppi, según la cual mi constitucionalismo no concedería un gran espacio al análisis de los problemas de la argumentación jurídica (Gr., 141). No es la primera vez que se me dirige esta crítica[42]. Admito no haberme ocupado nunca de la teoría de la argumentación. Pero esto no quiere decir que no reconozca el enorme espacio que tiene la argumentación en la teoría del Derecho, en la dogmática y en la práctica jurídica. En el curso de mi trabajo he identificado al menos tres espacios distintos de poder y, consecuentemente, de la argumentación jurídica, que recordaré brevemente. El primer espacio es el que interviene en la argumentación, sea doctrinal u operativa, de los enunciados normativos del Derecho positivo, es decir, de la argumentación de las tesis aceptadas y acreditadas como «verdades jurídicas», aunque sean inevitablemente opinables: es el espacio estudiado por las tra-

[42] R. Guastini, «Algunos aspectos de la metateoría de *Principia iuris*», en *Doxa,* núm. 31, 2008, § 1, 255; M. Atienza, *Tesis sobre Ferrajoli*, *ibid.*, § 7, 215. *Vid.* también mi réplica, Principia iuris. *Una discusión teórica*, *ibid.*, 405-406.

dicionales teorías de la argumentación y privilegiado aún por las principales teorías de la argumentación. El segundo espacio es aquél, mucho más descuidado, que interviene en la argumentación probatoria, es decir, en el razonamiento inductivo con el que, sobre la base de pruebas y contrapruebas, son aceptadas o acreditadas, aunque inevitablemente de forma probabilística, las denominadas «verdades fácticas», verificadas en el curso de un proceso sobre el fondo. El tercer espacio, sustancialmente ignorado sea por la doctrina como en la práctica, es el que interviene también en un proceso sobre el fondo en la argumentación de lo que he llamado la dimensión equitativa del juicio, es decir, en la valoración y en la comprensión de los rasgos y de las circunstancias singulares e irrepetibles que hacen de cada caso concreto un caso distinto de todos los demás, incluso si quedan comprendidos, al igual que infinitos otros, en el mismo supuesto de hecho normativo [43].

Es en este último espacio, el de la valoración equitativa, que a mi parecer interviene la única ponderación admisible: consistente en la comprensión y en la connotación equitativa de los casos sometidos a juicio, es decir, en una ponderación que tiene por objeto no ya las normas de principio sino las específicas circunstancias de hecho que hacen de cada caso uno distinto de todos los otros, aunque todos sean subsumibles en el mismo supuesto de hecho normativo. Sin embargo, en nuestro debate se han expresado muchos malentendidos sobre la comprensión equitativa y sobre la ponderación y la valoración de las señas particulares de los hechos juzgados. M. ATIENZA ha vuelto a proponer la vieja idea, que he criticado, de la equidad como justicia del caso concreto en oposición a la legalidad y, por tanto, como fruto de la ponderación entre certeza y justicia sustancial (At., 79 y ss., 87). A. RUIZ MIGUEL ha confundido la valoración y la ponderación equitativa de las circunstancias singulares del hecho sometido a juicio con la subsunción y, específicamente, con la que llama «interpretación aplicativa» (RM., 24), donde tales circunstancias son justamente aquellas no previstas en la ley y, por tanto, no son subsumibles en ella pero que, sin embargo, ameritan una específica valoración y ponderación dado que sirven para connotar el caso concreto como distinto de todos los demás, aunque subsumibles en la misma figura normativa. En este sentido, la equidad es una dimensión del juicio que no se opone a la legalidad y a la certeza, incluso no teniendo nada que ver con la una ni con la otra. Finalmente, J. MORESO ha equiparado la «connotación equitativa» de los hechos que intervienen en cada juicio sobre el fondo con la que R. ALEXY denomina «ponderación» o «balance»: «se trata exactamente de la misma actividad», añade, más allá del hecho que «cada autor genera su léxico preferido» (Mo., 194).

En efecto, podríamos preguntarnos en sustento de esta última tesis: ¿Qué se entiende por la afirmación de ALEXY «que en los casos concretos los principios tienen un

[43] De estos tres espacios, correspondientes a otras tantas formas de discrecionalidad —el primero, competencia de las disciplinas jurídicas positivas y de las jurisdicciones de legitimidad, y todos ellos inevitablemente presentes en las jurisdicciones sobre el fondo—, me he ocupado en los §§ 9, 10 y 11 de *Derecho y razón*, cit., 117-166. Existe, luego, un cuarto espacio abierto a la argumentación, inevitablemente presente en la construcción de la teoría del Derecho, sobre todo si es axiomatizada: es el espacio de las elecciones que intervienen en la argumentación y en la motivación de sus asunciones teóricas primitivas —es decir, de los postulados y de las definiciones— las cuales, como he sostenido muchas veces, no son ni verdaderas ni falsas, sino tan sólo más o menos justificadas sobre la base de su fecundidad explicativa, es decir, de su idoneidad para producir una teoría provista de un alcance empírico adecuado.

peso distinto y que prevalece el principio que tiene un mayor peso»[44] o por la «concretización de los principios» de la que habla G. ZAGREBELSKY[45], sino que la ponderación es realizada sobre la base de las específicas e irrepetibles circunstancias del caso concreto sometido a juicio? Pero es claro que no se trata en absoluto de una discrepancia terminológica. Se trata en cambio de una discrepancia de carácter epistemológico y teórico, a mi parecer, fruto de un error de las tesis principalistas. En efecto, una cosa es decir que en los casos concretos los jueces valoran y ponderan los principios normativos subordinando así los juicios a las normas que deben ser aplicadas y otra cosa es decir que ellos valoran y ponderan las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación. La diferencia consiste en el hecho que la equidad —que he caracterizado como dimensión necesaria de cada juicio, relacionada con la circunstancia trivial que cada hecho (por ejemplo, cada robo) es distinto de todos los otros, aunque todos sean subsumibles en la regla que lo prevé (en nuestro ejemplo, la norma penal sobre el robo)— requiere la valoración y la ponderación judicial de las rasgos concretos e irrepetibles de los hechos juzgados, que son siempre distintos el uno del otro, y no ya de las normas a aplicar, sean estas reglas o principios, que son siempre las mismas.

A los fines de nuestra discusión puede ser útil distinguir entre *ponderación equitativa simple* y *ponderación equitativa compleja*. La primera interviene en la aplicación de una norma singular: por ejemplo, en la valoración de la gravedad del delito con el fin de determinar la pena o en la valoración, y por tanto en la ponderación de las pruebas, de los indicios y de las contrapruebas, a los fines del juicio de culpabilidad o de absolución, o bien, en la valoración o en la ponderación de la medida del daño provocado por un acto ilícito a fin de resarcirlo. La ponderación equitativa compleja interviene, en cambio, en el supuesto de concurso de normas: como en el juicio de prevalencia o de equivalencia entre atenuantes y agravantes; o en la ponderación requerida con el fin de aplicar los eximentes en el juicio de proporcionalidad entre la gravedad del agravio, de un lado, y la legítima defensa o el estado de necesidad, del otro; o en la valoración y en el balance del concurso de culpa entre muchos sujetos con el fin de resarcir el daño. MORESO añade la valoración de los vicios de consentimiento como causales de nulidad de los contratos y las propias reglas de la vida cotidiana, como la recomendación a la secretaria de no molestarlo al teléfono mientras está escribiendo, que obviamente no excluye el deber y la regla de pasarle las llamadas que ella considere importantes y urgentes. Pero también en esta segunda hipótesis, la de la ponderación equitativa compleja que implica la interpretación de más normas, el balance equitativo no es entre reglas o principios sino entre hechos o circunstancias de hecho; no excluye la subsunción, es decir, la *iuris-dictio* sino que simplemente la precede como ejercicio de *iuris-prudentia* del mismo modo como la aceptación y valoración de los hechos precede siempre, lógicamente, a su calificación jurídica.

J. MORESO declara acertadamente que el ideal ilustrado de la certeza del Derecho no debe excluir excepciones a las reglas en situaciones en las que no se justifica su apli-

---

[44] R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* 1985, trad. cast. de C. BERNAL, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III, 89.

[45] G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. VI, 218. «Exigido por la imprevisible y no predeterminable riqueza de los casos, el principio es generativo de un número igualmente imprevisible y no predeterminable de normas particulares» (*ibid.*, 218-219).

cación (Mo., 193-194): como la legítima defensa, las llamadas importantes o los otros casos antes ejemplificados. De acuerdo, el Derecho, todo el Derecho, es un sistema complejo en el que muchas normas formuladas a veces en términos vagos y valorativos como los empleados por las actuales constituciones democráticas, concurren en la regulación de los mismos hechos, permitiendo interpretaciones distintas y, a veces opuestas, basadas a menudo sobre los juicios de valor inevitablemente discrecionales. Puede suceder también, como escribe G. PINO, que muchos derechos fundamentales, incluso proclamados por principios regulativos, incorporan excepciones y limitaciones provenientes de principios directivos: «orden público», «buenas costumbres», «utilidad social», «dignidad humana», «motivos de sanidad o de seguridad» (Pi., 218), sin embargo, deben añadirse estas excepciones si y sólo si están expresamente formuladas en la constitución. No entiendo, sin embargo, por qué esta complejidad normativa y esta discrecionalidad del juicio, que ningún positivista ha negado jamás y ninguna formulación normativa por más rigurosa que sea ha podido anular, debería conllevar la superación o la integración del positivismo jurídico, el objetivismo moral, la conexión entre Derecho y moral, la distinción cualitativa entre principios y reglas, el conflicto entre principios, y la ponderación como modelo argumentativo privilegiado. Y me pregunto por qué nunca se ha recurrido a todas estas complejidades a propósito de los principios fundamentales, por ejemplo, del Derecho penal que es ciertamente el terreno sobre el cual se ha admitido siempre el balance, mejor dicho, tipos de balances fácticos, pero con referencia a los cuales nos mantenemos todos positivistas. Ante estas tesis sobre conflictos entre principios y sobre la excepción y la derogabilidad a los que siempre estarían expuestos los derechos constitucionalmente garantizados, me viene a la mente los icásticos juicios de K. MARX quien, comentando la Constitución francesa del 4 de noviembre de 1848, escribía que «cada artículo de la Constitución contiene su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja. En la frase general, la libertad; en el comentario adicional, la anulación de la libertad» [46]: contiene la proclamación de los principios y de los derechos en forma, precisamente, de principio, salvo luego la previsión de su derogación donde lo requieran, por ejemplo, razones de seguridad, de emergencia o de orden público.

El rol del constitucionalismo rígido es, evidentemente, el de impedir o al menos de limitar y precisar lo más posible esta ventaja de la Cámara baja de las excepciones sobre la Cámara alta de los principios, anteponiendo a todos los poderes constituidos, incluso al poder legislativo, lo que he llamado «la esfera de lo indecidible (o que no)» perfilada por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. A los poderes políticos les está reservado lo que he llamado «la esfera de lo decidible» que, sin embargo, no es para nada una esfera restringida. En efecto, no es cierto lo que escribe M. BARBERIS: «Si la constitución estuviese compuesta sólo por reglas —como FERRAJOLI está obligado a sostener a partir del sistema deductivo elaborado en Pi1— entonces al Parlamento no le quedaría función alguna, salvo quizás la de actuar los principios

[46] K. MARX, *Il I8 brumaio di Luigi Bonaparte,* 1852, trad. cast. de O. P. SAFONT, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1971, 31. La misma tesis fue expresada por K. MARX, «La Costituzione della Repubblica francese approvata il 4 novembre 1848», 1851, en *Id., Opere*, Roma, Editori Riuniti, 1977, vol. X, 592, donde la Constitución francesa del '48 era llamada «un conjunto de bellas palabras que esconden una intención falaz de temer. Ya en el mismo modo en el que es formulada, es imposible infringirla, porque cada una de sus normas contiene su propia antítesis».

programáticos: para deducir, de hecho, no hay necesidad del Parlamento, alcanza con un hombre cualquiera, siempre que dotado de razón» (Ba., 93). La esfera de lo decidible equivale al espacio de las innumerables e imprevisibles elecciones abiertas a la autonomía del poder político que no requiere únicamente la no violación ni ciertamente la actuación mecánica de los límites y de los vínculos constitucionales. Concretamente, los *límites* (o las *prohibiciones*) impuestos a la política por los derechos fundamentales y, en particular, por los derechos de libertad solamente exigen al legislador lo que he llamado el «respeto» (D9.35) de las normas constitucionales por parte de las leyes producidas, es decir, la compatibilidad de las segundas con las primeras, que es una figura muy distinta de la «aplicación sustancial» (D9.34, D9.37) realizada, en cambio, por la jurisdicción, sea ordinaria como constitucional, mediante la subsunción de los hechos jurídicos en las normas que los prevén [47]. Por otro lado, los *vínculos* (o las *obligaciones*) impuestos a la política por los derechos fundamentales, y en particular por los derechos sociales, requieren un rol activo del legislador en la introducción de las garantías relativas —por ejemplo, de la salud o de la educación— que, a su vez, están largamente indeterminadas, no estando predeterminados los medios sino sólo los resultados de su satisfacción [48]. Esto quiere decir que los principios regulativos limitan a la política solamente en su esfera ilegítima, formando parte de su esfera legítima tanto el poder de tomar cualquier decisión que no consista en leyes inválidas por contravenir los límites como la elección de los medios considerados más adecuados para la realización de los vínculos constitucionales.

Se soluciona así la cuestión planteada por L. HIERRO sobre la relación entre los poderes públicos. El carácter normativo de la Constitución, dice HIERRO, se resuelve en las democracias constitucionales no tanto en lo que dice la Constitución sino en lo que los jueces consideran que dice la Constitución, en desacuerdo quizás con lo que la mayoría parlamentaria considera que dice la Constitución (Hi., 160). La pregunta que me dirige HIERRO, y que a su parecer yo habría eludido siempre, concierne a la solución de los dilemas interpretativos y de los conflictos entre derechos: ¿Quién tiene, o mejor, quién debe tener la última palabra sobre aquello que establecen las constituciones? Respondo, sin titubeos, que la última palabra sobre la invalidez constitucional de las leyes debe corresponder a los jueces y solamente a ellos, ya que esta palabra no concierne a (y, por tanto, no interfiere en) la esfera legítima de la política sino a su esfera ilegítima. Si la última palabra estuviese reservada al legislador, como en el antiguo *référé legislatif*, el legislador estaría llamado a juzgar en causa propia, el controlador se confundiría con el controlado y los límites a la omnipotencia de la mayoría se desvanecerían en la simple auto-limitación conforme al viejo modelo del Estado legislativo de Derecho [49]. Por tanto, no está en «contradicción» con el principio democrático sino, por el contrario, ahí está implicada la atribución «a un órgano no democrático la decisión sobre qué cabe y qué no cabe dentro de la constitución» (Hi., 162): porque dicha

[47] *PrinI*, §§ 9.15-9.16, 525-534.

[48] Sobre la cuestión, *vid.* también *Derecho y razón*, cit., cap. 14, § 60, 4, 915-916.

[49] Recuérdese las tesis de G. JELLINEK y de S. ROMANO sobre los «derechos públicos subjetivos» como producto de «una auto-obligación» o «auto-limitación» del Estado (G. JELLINEK, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, trad. it. de G. VITAGLIANO, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, Società Editrice Libraria, 1912, 215 y ss.; S. ROMANO, «La teoria dei diritti pubblici soggettivi», en V. E. ORLANDO, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libraria, 1900, vol. I, 159-163).

decisión consiste, precisamente, en la *iuris-dictio* y no en la *legis-latio*, es decir, en la verificación de la incompatibilidad con la constitución de las normas producidas y no en la producción de nuevas normas, y porque si la razón y el sentido de la democracia constitucional residen en la limitación del poder y en el control de los abusos de la mayoría, entonces la legitimación de quién está llamado a comprobar tales abusos no puede ser de tipo democrático sino garantista; no puede consistir en el consenso popular o en la representatividad política sino en la aplicación de la ley; no puede fundarse en la voluntad de la mayoría sino en la verdad procesal, incluso si es relativa u opinable, en los distintos niveles del ordenamiento. De ahí la necesidad de la separación y de la independencia del poder judicial, en primer lugar, del poder político, dado que un juez debe ser capaz de aplicar la ley con conocimiento de causa, incluso contra la voluntad de la mayoría, que no garantiza sino que puede condicionar y deformar la correcta verificación de la verdad procesal.

Todo esto vale para cualquier jurisdicción digna de este nombre. Vale también para la jurisdicción constitucional a la que RUIZ MIGUEL me ha reprochado el haber ampliado el modelo tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción penal (RM., 286), dado que la jurisdicción es tal en cuanto es, al menos tendencialmente, *juris-dictio*, es decir comprobación del Derecho y de sus violaciones. Ciertamente este es un modelo límite y regulativo de la actividad jurisdiccional, cuya realización es siempre una cuestión de grado y que bien puede ser negado y violado en defecto de garantías idóneas. Ciertamente, la discrecionalidad interpretativa en la aplicación judicial de la ley representa una aporía en la lógica del Estado de Derecho que es ante todo reconocida y luego reducida, cuando no removida, mediante adecuadas garantías sustanciales y procesales. Pero la diferencia entre el constitucionalismo principalista y el constitucionalismo garantista no consiste, como escribe LAPORTA (Lap., 178), en el hecho que el principalista se abandona explícita y honestamente a la ponderación mientras que el garantista «hace exactamente lo mismo» pero ocultándolo, engañándose y engañando de ser la «boca a través de la cual habla la constitución». Esta es una caricatura del garantismo. La diferencia entre las dos orientaciones consiste en el hecho que la idea del balance y de la derogabilidad de los principios, como escribe C. REDONDO (Re., 256 y ss.), equivale a hacer vano el paradigma constitucional y se revela, consecuentemente, en el vaciamiento del propio modelo del Estado de Derecho, mientras que el cognoscitivismo judicial, suponiendo una total pero imposible determinación semántica de las normas a aplicar, equivale a un modelo límite nunca plenamente realizado ni realizable y, por tanto, a una fuente de legitimación de la jurisdicción que debemos reconocer como siempre relativa e imperfecta.

Por esto, siempre me he referido a un mayor o menor grado de legitimidad (y de ilegitimidad) del poder judicial respecto a sus fuentes de legitimación. Por lo demás, como he sostenido muchas veces, en la democracia constitucional la ilegitimidad (externa o política, más allá que interna o jurídica) respecto a sus fuentes de legitimación, une a todos los poderes públicos: no sólo al poder de los jueces, debido al carácter relativo y convencional de la aplicación de la ley y de la «verdad procesal» sino también al de los políticos y del gobierno, debido al carácter igualmente imperfecto y convencional de su representatividad política, más allá de su lealtad constitucional. Considero, más bien, esta virtual y tendencial ilegitimidad de los poderes, lo mismo que con las

lagunas y las antinomias estructurales, no ya como una contradicción en sus términos que rompería la unidad del sistema, según la tesis de KELSEN [50], y tampoco solamente como un defecto no del todo evitable sino también, con aparente paradoja, como la mayor virtud del paradigma constitucional, equivaliendo su conocimiento a un factor de salud institucional: sólo en los Estados absolutos, en los cuales es legítimo *quod principi placuit*, la legitimación del poder es perfecta y absoluta [51].

Por el contrario, me parecen inquietantes y regresivos —en el sentido literal de regresión al Derecho premoderno— los éxitos del constitucionalismo principalista coherentemente entendido. Quien ha explicitado estos éxitos de la manera más consecuente ha sido A. GARCÍA FIGUEROA, quien ha concluido su intervención con la exaltación de la razón práctica según el viejo modelo sapiencial del Derecho como «razón práctica» (GF, 137-138) [52]. En efecto, GARCÍA FIGUEROA niega la distinción entre principios y reglas sosteniendo la tesis, opuesta a la sostenida aquí, que todas las normas, incluso las reglas, son derogables y ponderables. Propone dos casos como ejemplos de casos difíciles o excepcionales. El primero es el caso Noara —una niña que sólo puede salvar su vida gracias a una donación de órganos, impedida sin embargo para los menores por el art. 4 de la ley núm. 30 de 1979 y, por tanto, también a la madre que tenía tan sólo dieciséis años— resuelto por el juez con la autorización de la donación. El segundo caso es el proceso de Nuremberg, que fue ciertamente una excepción a la legalidad ordinaria y al principio de juez natural. Pues bien, GARCÍA FIGUEROA sostiene, sobre la base de estos dos casos, ambos independientes de la constitución y del constitucionalismo, que «la derrotabilidad o, si se quiere, la ponderabilidad de cualquier norma» es un rasgo característico del Estado constitucional (GF, 136), cuyas normas no serían, por tanto, configurables como reglas inderogables. La tesis de la derogabilidad sobre la base de «razones» debería, por tanto, extenderse a cualquier experiencia jurídica y a cualquier caso, salvo los casos de reglas irracionales como el mencionado por Gaio a propósito de los distintos efectos ligados a la pronunciación de la palabra «arbora» en lugar de «viniae» (GF, 134). Pero esto, a mi parecer, equivale a promover una teoría del Derecho basada en la emergencia y en la excepción y, de hecho, el derrumbe de la normatividad, no sólo de las constituciones sino de la legalidad en cuanto tal (GF, 135). En estas concepciones asoma el signo neopandectístico y realista de un retorno al Derecho premoderno, jurisprudencial y sapiencial, desvinculado a la ley de la voluntad e íntegramente confiado a la «razón práctica», es decir, a la ley de la razón: de una razón, sin embargo, que no es más la del legislador ordinario o constitucional, sino la de los jueces y de los juristas teóricos [53].

(Traducción de Félix Morales Luna)

---

[50] Recuérdese el pasaje de *La Teoría pura,* cit., *supra,* en la nota 14.

[51] *PrinII*, § 14.12, 212-213 y § 15.1, 300-301.

[52] Parece la *ratio* de la que habla HOBBES, refiriéndose a la tesis de sir E. COKE «*que nihil, quod est contra rationem, est licitum*, es decir "nada que sea contrario a la razón es Derecho" y "que el Derecho común no es sino la razón", y repetía la antigua máxima ciceroniana *"lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens"*» (*Diálogo,* cit., 5).

[53] Recuérdese las palabras con las que HOBBES sustenta el paso del Derecho jurisprudencial premoderno al moderno principio de legalidad: «Nuestros juristas están de acuerdo en que la ley nunca puede ir contra la razón [...] pero la cuestión está en averiguar de quién será la razón que debemos tomar por ley. No puede tratarse de una razón privada cualquiera; pues, si así fuese, habría tanta contradicción entre las leyes como la que se da entre las diferentes escuelas. Tampoco puede tratarse, como quiere Sir E. COKE, de una *perfección artificial*

de la razón, adquirida mediante largo estudio, observación y experiencia, como lo fue la suya [...] las razones discordantes de quienes dedican al estudio igual tiempo y diligencia, serán y permanecerán siempre discordantes. Por tanto, lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado, y lo que él manda» [T. HOBBES, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, ed. de R. SANTI, *Leviatano*, con texto inglés de 1651 y texto latino de 1668, Milano, Bompiani, 2001, cap. XXVI, §§ 11 (7), 438-439 (trad. cast., de C. MELLIZO, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 1989, 235)].

UN DIÁLOGO SOBRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES*

Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero

Universidad de Roma III, Universidad de Alicante

RESUMEN. En este diálogo, los autores comparan el enfoque de los principios constitucionales «regulativos» o «en sentido estricto» y de las directrices constitucionales en el «constitucionalismo garantista» defendido por Ferrajoli y en el «constitucionalismo principialista» en el que se reconoce Ruiz Manero.

Palabras clave: principios constitucionales, directrices constitucionales, constitucionalismo garantista, constitucionalismo principialista.

ABSTRACT. In this dialogue, the authors compare the approach to «regulative» or «in the strict sense» constitutional principles and to constitutional policies in «guarantee constitutionalism», advocated by Ferrajoli and in «principle constitutionalism» supported by Ruiz Manero.

Keywords: constitutional principles, constitutional policies, guarantee constitutionalism, principle constitutionalism.

---

* Fecha de recepción: 25 de octubre de 2011. Fecha de aceptación: 7 de noviembre de 2011.

El diálogo que aquí se publica constituye un extracto de una conversación más amplia entre los autores que aparecerá en los próximos meses en forma de libro —con el título de *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*— en la editorial Trotta. Se ha seleccionado aquí una parte de la discusión contenida en ella a propósito de principios y directrices constitucionales.

J. R. M.: Te propongo que pasemos a hablar de principios y, especialmente, de principios constitucionales. Y, dentro de ellos, para empezar, de aquellos principios a los que tú te has referido como «principios regulativos», que vienen a coincidir con los que Manolo Atienza y yo mismo hemos llamado «principios en sentido estricto». Me parece que en relación con estos principios hay claros desacuerdos entre nosotros, cosa que quizás no ocurra en el mismo grado en relación con el otro tipo de principios que tú distingues —los principios a los que llamas «directivos» y que Atienza y yo denominábamos «directrices» o «normas programáticas»—.

Vayamos, pues, a los principios constitucionales «regulativos» o «en sentido estricto». A propósito de ellos, diría que los defensores de la variante de constitucionalismo que tú llamas «principialista» hemos venido a sostener, con unos u otros matices, dos tesis, en relación con la presencia de principios en nuestros textos constitucionales: una tesis descriptiva y otra normativa. La tesis descriptiva es que en nuestras Constituciones —pero no sólo en ellas, la presencia de principios es característica de los textos constitucionales, pero no exclusiva de ellos— están presentes normas regulativas —los principios— que presentan dos características especialmente salientes: la primera es que la acción ordenada en ellos aparece caracterizada mediante términos que remiten a conceptos con fuerte carga valorativa —tales como libertad, igualdad, honor, intimidad personal, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación— sin que aparezcan precisadas las propiedades descriptivas que constituirían, en el sentido de Hare [1], las condiciones de aplicación de tales términos valorativos. Los conceptos a los que remiten esos términos —«conceptos esencialmente controvertidos», en la ya clásica terminología de Gallie [2]— se refieren a bienes sociales a los que, como ha escrito en mi opinión muy certeramente Marisa Iglesias, «atribuimos un carácter o estructura compleja», pues «a pesar de que consideramos y valoramos el bien en su conjunto, éste tiene diferentes aspectos que pueden relacionarse entre sí de diversas formas» [3]. La segunda característica saliente de estas normas a las que llamamos principios es que las relaciones de prevalencia entre los mismos —por poner el ejemplo más usual, entre la libertad de expresión o de información y el derecho al honor, o a la intimidad personal— no se encuentran predeterminadas en el texto constitucional. Estas dos características de los principios traen consigo el que la aplicabilidad de los mismos exija la elaboración de concepciones que articulen, entre sí y con el conjunto, cada uno de los aspectos del bien complejo al que apunta cada principio y que establezcan, asimismo, sus relaciones de prioridad con los diferentes aspectos de otros bienes asimismo complejos a los que aluden otros principios. Pues bien, no acabo de ver cómo el lenguaje en el que se expresan concepciones de este tipo pudiera entenderse, por decirlo en tus términos, como compuesto por «proposiciones asertivas, razonablemente aceptables como verdaderas (o impugnables como falsas) con referencia empírica a los textos normativos».

---

[1] R. M. HARE, *The Language of Morals,* Oxford, Clarendon Press, 1952 (hay traducción esp. de G. R. CARRIÓ, *El lenguaje de la moral,* México, UNAM, 1975).

[2] W. B. GALLIE, «Essentially Contested Concepts», en *Proceedings of the Aristotelian Society,* vol. 56 (1956).

[3] M. IGLESIAS, «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», en F. J. LAPORTA (ed.), *Constitución: problemas filosóficos,* Madrid, CEPC, 2003.

La tesis normativa que, con diferencias de acento, defendemos los constitucionalistas principialistas es que es deseable que la dimensión regulativa de las constituciones esté integrada muy centralmente por principios así entendidos. Por lo siguiente: porque, al caracterizar en términos fuertemente valorativos — sin especificar su alcance en términos descriptivos— las acciones ordenadas y al no predeterminar las relaciones de prevalencia entre ellos, una Constitución integrada centralmente por principios atiende equilibradamente a dos exigencias, ciertamente en tensión, a las que debe responder el texto constitucional: en primer lugar, sitúa fuera del ámbito de decisiones de política ordinaria, del juego de mayorías y minorías, aquellos valores compartidos que conforman el consenso básico de la comunidad política y cuyo respeto opera como límite a los cursos de acción que los poderes públicos pueden legítimamente emprender; en segundo lugar, una Constitución así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo —no cierra la deliberación, sino que opera, por así decirlo, como cauce de la misma— y de esta forma evita en gran medida la «tiranía de los muertos sobre los vivos» que se ha reprochado frecuentemente al constitucionalismo rígido.

No parece haber dudas de que tú no aceptas ninguna de las dos tesis anteriores, ni la descriptiva ni la normativa. En cuanto a la tesis descriptiva, tú te has pronunciado claramente en contra de la misma, escribiendo, por ejemplo, en el artículo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» [4], que «la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es [...] una diferencia [...] poco más que de estilo» y que «la mayor parte (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas». Pero esto implica, a mi juicio, cerrar los ojos a los dos rasgos del lenguaje de los principios a los que antes hacía referencia: su carácter fuertemente valorativo y la no predeterminación, para unos u otros conjuntos de circunstancias genéricas, de las relaciones de prevalencia entre principios que resulten concurrentes. Estos dos rasgos impiden, a mi juicio, la asimilación que tú pretendes de los principios constitucionales a las reglas jurídicas ordinarias. Y no vale, creo, como argumento en contra de esto, aludir al hecho innegable de que hay también muchas normas situadas en alguna zona de penumbra entre aquellas que responden estrictamente al modelo de reglas y aquellas otras que responden, no menos estrictamente, al modelo de principios.

En cuanto a la tesis normativa, tú te has pronunciado también con absoluta claridad en su contra. Así, en el mismo artículo al que acabo de hacer referencia, has escrito que «sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos [...] promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible», has señalado como un defecto «el carácter vago y valorativo de las normas constitucionales», y has concluido que «nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales [...] en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible». En mi opinión, todo lo que dices en estas citas es suscribible por lo que se refiere a las normas legislativas, pero no lo es por lo que se refiere a las normas constitucionales. Las normas legislativas, en efecto, deben, a mi juicio, proporcionar pautas de resolución de los casos que, en toda la medida posible, no requieran de deliberación por parte del órgano jurisdiccional. Pero la función de

[4] En este mismo número de *Doxa.*

las normas constitucionales es, a mi juicio, bien distinta: por su vocación de duración larga, por la dificultad de su modificación, por la necesidad de generar en su torno los más amplios consensos, no deben concebirse como destinadas a excluir la deliberación, sino más bien a constituir —como ha escrito, por ejemplo, Josep Aguiló— el terreno compartido a partir del cual «puede construirse una práctica jurídico-política centralmente discursiva o deliberativa»[5].

¿Qué piensas tú de todo esto?

L. F.: Es verdad que hay una coincidencia tendencial, que también yo he destacado, entre mi distinción entre «principios regulativos» y «directrices» y la distinción, tuya y de Manolo, entre «principios en sentido estricto» y «directrices» o «normas programáticas». En cuanto al modo de configurar las directrices, me parece que estamos de acuerdo. Los desacuerdos se presentan a propósito de los otros principios, que vosotros llamáis «en sentido estricto» y que yo he llamado «regulativos» para subrayar que los mismos se transforman en reglas frente a sus violaciones.

Me parece que has expuesto con gran eficacia y claridad —en referencia a esta segunda clase de principios, mucho más importante porque, al menos a mi parecer, entran en ella casi todos los derechos fundamentales— las dos tesis esenciales del constitucionalismo argumentativo o post-positivista o principialista: *a)* la tesis descriptiva con arreglo a la cual en las constituciones existen principios formulados en términos valorativos —como libertad, igualdad, honor y similares— que designan conceptos controvertidos cuyas condiciones de aplicación no son claras, y cuyas relaciones de prevalencia no están predeterminadas por el texto constitucional como es el caso, emblemático, del conflicto entre libertad de información y derecho al honor o a la intimidad; *b)* la tesis normativa de que «es deseable que la dimensión regulativa de las constituciones esté integrada muy centralmente por principios así entendidos», tanto porque la formulación de tales principios en términos fuertemente valorativos sirve para sustraer a las decisiones políticas y a la voluntad de la mayoría esos valores compartidos sobre los que se funda una comunidad política, como porque la misma mantiene abierto el proceso deliberativo, evitando de este modo la «tiranía de los muertos sobre los vivos» que se reprocha habitualmente al constitucionalismo rígido.

Pues bien, no comparto, como dices tú, ninguna de estas dos tesis. A mi parecer, términos vagos y valorativos de aplicación incierta, y concursos de normas sin que esté predeterminada la prevalencia de una u otra están presentes no ya en «zonas de penumbra» o de límite, sino en todo el lenguaje legal, comenzando por el lenguaje en el que están formuladas las reglas penales, que exigiría, sin embargo, el máximo de taxatividad: piénsese en la noción de peligrosidad social, o de culpabilidad o de enfermedad mental, o en figuras delictivas como las injurias, la asociación subversiva o los malos tratos familiares, o en casi todas las circunstancias atenuantes y agravantes, o en las circunstancias eximentes del delito, como la legítima defensa o el estado de necesidad, previstas por normas que no determinan su prevalencia sobre las normas que configuran los delitos sino con términos genéricos y a su vez valorativos, como por ejemplo la «proporción» a la ofensa o al peligro. No reconocer «la asimilación», que tú

[5] J. Aguiló, *La Constitución del Estado constitucional,* Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004, 143.

me reprochas, «de los principios constitucionales a las reglas jurídicas ordinarias» que acabo de mencionar, quiere decir a mi parecer, por usar tus mismas palabras, «cerrar los ojos a los dos rasgos del lenguaje» de las reglas citadas «a los que antes [hacías] referencia: su carácter fuertemente valorativo y la no predeterminación, para unos u otros conjuntos de circunstancias genéricas, de las relaciones de prevalencia» entre reglas «que resulten concurrentes». No comprendo, en efecto, por qué la valoración de la invalidez de una ley por violación del principio constitucional de igualdad o del de libertad de expresión (violaciones, repito, que transforman tales principios en reglas consistentes en la prohibición de discriminación y en la de lesión) comporte nunca una discrecionalidad judicial mayor que la requerida para la valoración de un hecho como injurioso, o de una determinada circunstancia como atenuante, agravante o eximente. Si queremos hablar de «ponderación», me parece más simple y correcto, en ambos casos, afirmar que el objeto de la ponderación son, caso por caso, las connotaciones singulares e irrepetibles de los hechos y de las situaciones juzgadas, que son siempre distintas aun cuando subsumibles en la mismas normas (todo hurto es distinto de cualquier otro, aun cuando todos sean calificables como hurtos; todo caso de legítima defensa es distinto de todos los demás, aunque sean todos cualificables como legítima defensa), y no las normas a aplicar, sean reglas o principios, que, por el contrario, son siempre las mismas. Se trata, en efecto, de lo que en *Diritto e ragione* [6] he llamado la «comprensión» o «connotación equitativa», presente siempre en todo juicio y que exigiría (lo que con frecuencia no sucede) ser cada vez racionalmente argumentada y motivada.

Ahora bien, yo no creo que nuestro desacuerdo sobre las tesis descriptivas sea, por sí solo, muy relevante. Nuestras diversas «descripciones» son únicamente interpretaciones o reconstrucciones distintas de lo que sucede de hecho, independientemente de nuestras teorías. Este desacuerdo nuestro sobre las tesis descriptivas adquiere relieve, sin embargo, a la luz de nuestro desacuerdo sobre las tesis normativas; es decir, sobre el juicio, para ti positivo y para mí negativo, acerca del carácter vago, indeterminado y valorativo de las normas constitucionales: vaguedad e indeterminación que tu tesis normativa, apoyada por la tesis descriptiva, tiende a avalar y a legitimar realistamente e incluso a favorecer, mientras que a mí me parece que la vaguedad y la indeterminación no deben ser de ningún modo alentadas sino, por el contrario, censuradas y reducidas con el uso de un lenguaje lo más taxativo posible, como garantía de la máxima efectividad de los vínculos constitucionales impuestos a la legislación y a la jurisdicción, sobre la que se funda la legitimación política tanto de una como de la otra.

Nuestro disenso se traslada, por ello, a las razones de nuestras dos distintas tesis normativas. Tú indicas dos razones en apoyo de tu tesis. La primera es que el carácter vago y valorativo de los principios vale para sustraer las decisiones sobre los valores compartidos en una determinada comunidad a las decisiones de mayorías contingentes. De acuerdo. Observo, sin embargo, que la sustracción al juego de mayorías y minorías de las decisiones interpretativas sobre tales valores, sea cual sea el grado de indeterminación de los principios que los expresan, se encuentra asegurado, todavía más rígidamente, por mi constitucionalismo garantista.

---

[6] *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Laterza, Bari, 1989, cap. III, § 11.

El disenso se reduce, por tanto, a la segunda razón de tu valoración: el hecho de que el constitucionalismo argumentativo o principialista deja abierto el proceso deliberativo tanto en la legislación como en la jurisdicción. Es sobre la distinta valoración —la tuya positiva, la mía negativa— de esta apertura y de los consiguientes espacios de discrecionalidad y a veces de arbitrariedad en lo que consisten en realidad nuestras divergencias. Lo que tú llamas la «tiranía de los muertos sobre los vivos» generada por el constitucionalismo rígido es lo que yo llamo la «normatividad de las constituciones rígidas» que, como tú me confirmas, resulta debilitada por el enfoque principialista.

Pero éste es un desacuerdo no ya teórico, sino político, y te confieso que me gustaría que a él se redujeran, en último análisis, también los muchos desacuerdos, a mi parecer excesivamente enfatizados y a veces fruto de incomprensiones, que han emergido en el debate que se está desarrollando en *Doxa* en torno a mi ensayo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista». En breve: tú compartes la tesis de Emmanuel-Joseph Sieyès según la cual una constitución no debe nunca atar las manos de las generaciones futuras, recibida por el art. 28 de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793 *(«une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures»).* Yo, por el contrario, sostengo la tesis opuesta, según la cual las constituciones tienen precisamente el fin de atar las manos a las generaciones presentes en cada momento a fin de impedir, como por desgracia ha sucedido históricamente, que ellas amputen las manos de las generaciones futuras: una tesis tanto más preciosa cuanto más las mayorías contingentes de las generaciones presentes reivindican, como sucede por ejemplo en Italia, su omnipotencia y hacen ostentación de sus inclinaciones anti-constitucionales. Añado que también este desacuerdo nuestro puede redimensionarse: la exigencia, justamente sostenida por ti, de que permanezca abierto y no bloqueado el proceso deliberativo democrático se encuentra satisfecha, a mi parecer, por la mucho más amplia discrecionalidad que hay que reconocer a la función legislativa y, más en general, a las funciones políticas de gobierno, frente a la función judicial y, más en general, frente a las funciones de garantía. Como he mostrado en *Principia iuris*[7], de la primera se requiere sólo el *respeto* (D9.35) de las normas constitucionales, que entraña el poder de decidir todo lo que no está *prohibido* por esas normas, es decir, todo lo que es coherente o compatible con ellas; a la segunda se le exige, además, la *aplicación sustancial* (D9.37) de las normas legislativas o constitucionales, lo que exige su observancia *obligatoria*, es decir, la subsunción en esas normas o correspondencia con ellas del caso juzgado.

En suma, tampoco este desacuerdo político nuestro me parece particularmente relevante. El desacuerdo no debería impedir a cada uno de nosotros reflexionar sobre los aspectos y los efectos negativos de las propias opciones y sobre los aspectos y efectos positivos de las opciones del otro. Quizás sería preciso distinguir caso por caso. Utilizando nuestras dos distinciones entre principios regulativos (o en sentido estricto) y directrices (o normas programáticas), podríamos sostener, en esta perspectiva, la oportunidad de privilegiar la forma de las directrices siempre que se trate de indicar genéricamente las políticas públicas y los objetivos programáticos, por ejemplo, el del pleno empleo o el de la reducción de los obstáculos que se oponen de hecho a la igualdad y al desarrollo de la persona. Podríamos, por el contrario, sostener la oportunidad de privilegiar la forma de los principios regulativos en el sentido propuesto por mí (en

[7] *Principia iuris. Teoria del diritto e della democratia,* Laterza, Bari, 2007, I, 556-572.

sustancia, su concepción como reglas, más allá del distinto estilo en el que se encuentran expresados) siempre que tratemos de imponer límites y vínculos a la legislación, aun si acompañados de contra-límites, que queremos que sean rígidos, como por ejemplo los expresados por los derechos fundamentales o por la separación de poderes. ¿Qué piensas, a tu vez, de todo esto?

J. R. M.: Creo, desde luego, como tú, que los desacuerdos que, en este orden de cosas, vale la pena discutir no son tanto —aunque también— los que afectan a nuestras descripciones de lo que hay en nuestras constituciones como, sobre todo, los que se refieren a nuestras actitudes hacia ello. Y, a este respecto, creo que entre nosotros hay divergencias que son más de acento que de otra cosa. Pero creo también —y me parece que tú estarás de acuerdo— que hay una diferencia importante, en el tratamiento de los desacuerdos, entre la discusión política, inmediatamente orientada a la acción, y la discusión teórica, en la que, aunque verse sobre propuestas normativas, el avance en nuestra comprensión de las cosas —incluidas esas mismas propuestas— es el valor predominante. Quiero decir que si tú y yo fuésemos dos políticos tratando de sentar las bases de una acción conjunta, probablemente haríamos bien en, tras constatar que nuestras coincidencias son mucho más importantes que nuestras discrepancias, dejar éstas de lado para emprender la elaboración —en la que probablemente no se presentaría ningún desacuerdo importante— de, digamos, un programa común. Pero en las discusiones teóricas el asunto es, a mi juicio, diferente: aquí lo que tiene interés —para quienes participan en la discusión y para los eventuales lectores de la misma— es clarificar en la mayor medida posible las respectivas posiciones. Yendo ya a ello, diría que, por lo que se refiere a la relación entre constitución y legislación, la principal diferencia entre nosotros es la siguiente: tú pareces sensible tan sólo a la exigencia de que la constitución imponga límites y vínculos efectivos a la legislación, que establezcan con claridad la esfera de lo que el legislador no puede decidir y de lo que el legislador no puede no decidir. Yo, en cambio, entiendo que esta imposición de límites y vínculos es una exigencia importante —esto es, que la constitución debe prevenir el dictado de contenidos legislativos juzgados inaceptables y el no dictado de contenidos legislativos cuya ausencia es juzgada inaceptable—, pero es una exigencia que debe ser cohonestada con otras que están en tensión con ella, especialmente con la exigencia de que no se sustraiga a la política democrática la posibilidad de dar la respuesta que en cada momento aparezca como la deliberativamente mejor a todas aquellas cuestiones que se nos presentan como inevitablemente controvertibles. Y ello, en mi opinión, afecta tanto, aunque de manera distinta, a los principios en sentido estricto como a las directrices.

Empecemos por estas últimas, en relación con las cuales me parece que nuestras discrepancias, de existir, son menores. Es, me parece, perfectamente razonable que las constituciones se limiten a estipular la obligatoriedad de perseguir determinados objetivos colectivos —como, por ejemplo, el pleno empleo o la estabilidad económica— sin prejuzgar cuáles son los cursos de acción (las políticas) más idóneos para obtenerlos y sin prejuzgar tampoco cómo deben articularse entre sí estas políticas, siendo los objetivos, como son, interdependientes: por seguir con los ejemplos mencionados, el pleno empleo puede fomentarse mediante políticas financieras, salariales, comerciales, educativas, fiscales, de función pública, etc.; de otro lado, cierta política financiera

podría, de entrada, contribuir a fomentar el pleno empleo pero contribuir también a deteriorar la estabilidad económica y este deterioro podría, a su vez, acabar teniendo efectos negativos sobre el empleo. Pues bien, el que la constitución se limite a señalar los objetivos sin prejuzgar los medios para alcanzarlos y su articulación recíproca, posibilita el que estas últimas cuestiones se resuelvan mediante el debate democrático y la decisión mayoritaria. Y ello parece perfectamente adecuado en contextos en los que, aun compartiendo los fines, hay fuertes discrepancias en nuestras sociedades, incluyendo a los especialistas, acerca de cuáles son las interdependencias entre los diversos fines y cuáles son las relaciones causales que determinan la idoneidad o no, o la idoneidad mayor o menor, de unas u otras políticas (de unos u otros medios) para procurar estos fines. Implicaría, en este sentido, un acto de soberbia epistémica injustificada el que el constituyente instituyera como vinculante para el legislador el juicio de que son tales políticas, y no tales otras, las más eficaces para lograr unos u otros objetivos colectivos y consiguientemente vinculara a ellas al legislador. Todo ello por no mencionar que la eficacia de unas u otras políticas es, en muchos casos, fuertemente dependiente de rasgos del contexto que se encuentran en situación de mutación permanente, de forma que una política eficaz en el tiempo *t1* en el que están presentes ciertas circunstancias puede, por haber cambiado dichas circunstancias, devenir en completamente ineficaz en el tiempo *t2.* Pero a este respecto no creo que haya grandes divergencias entre nosotros y estoy de acuerdo contigo cuando dices, en tu intervención precedente, que «en cuanto al modo de configurar las directrices me parece que estamos de acuerdo». Pero, aun no habiendo divergencias grandes, me parece que incluso aquí alguna divergencia hay, que yo situaría en los dos puntos siguientes (por lo demás vinculados entre sí): en primer lugar, creo que tienes cierta tendencia, que yo no comparto, a minusvalorar la importancia de las directrices en los textos constitucionales. Por ejemplo, en «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» escribes que «se trata de normas relativamente marginales». Pero, casi inmediatamente a continuación, admites que deben entenderse como directrices «gran parte de los "principios rectores de la política social y económica", que es el nombre del capítulo III del título I de la Constitución española». Bueno, me resulta extraño calificar como «relativamente marginales» a normas que estipulan la obligatoriedad, para los poderes públicos, de orientar su acción hacia objetivos tales como la protección de la familia, la creación de condiciones favorables para el progreso social y económico, el pleno empleo, la estabilidad económica, la protección frente al desempleo o la vejez, la organización y tutela de la salud pública, el acceso universal a la cultura, la protección del medio ambiente y del patrimonio histórico artístico, etc. Si ese conjunto es «relativamente marginal» habría que concluir que todo el programa del Estado social es, constitucionalmente hablando, «relativamente marginal». Y esto, creo, implica una visión distorsionada de una constitución como la española.

El segundo punto de discrepancia entre nosotros, en punto a directrices, es el siguiente: me parece que tú das demasiada importancia a rasgos puramente circunstanciales del lenguaje del constituyente. Quiero decir que, en mi opinión, es frecuente en los textos constitucionales el uso del lenguaje de los derechos, sobre todo en materia de «derechos sociales», con un sentido bastante más laxo que el correspondiente a tu propia teoría de los derechos. De acuerdo con tu teoría, una vez proclamado constitucionalmente un derecho, la no introducción, por parte del legislador, de las garantías

primarias y secundarias correspondientes al mismo, implica una violación por omisión de la norma constitucional. Pero la plausibilidad de esta tesis depende, a mi juicio, por completo —como tuve ya ocasión de señalar en un trabajo de hace algunos años [8]— de dar por supuesto que el constituyente usa siempre el término «derecho» con la carga de significado que tú mismo le asignas. Pero dar por supuesto tal cosa obliga a aceptar alguna otra claramente implausible: básicamente, que es conducta usual de las autoridades normativas —el constituyente— la proclamación de derechos a gran escala para a continuación —el legislador ordinario— violarlos por omisión, asimismo a gran escala. Podemos evitar, sin embargo, esta implausible conclusión si entendemos que, en materia de derechos sociales, en numerosas ocasiones el constituyente usa, algo impropiamente, el lenguaje de los derechos para referirse a objetivos colectivos que ordena perseguir: y, de esta forma, que una Constitución que proclame el «derecho al trabajo», por ejemplo, quizás no quiera decir algo distinto de lo que dice la Constitución española cuando estipula, en su art. 40.1, que los poderes públicos «realizarán una política orientada al pleno empleo».

Pero, en todo caso, me parece, como a ti, que nuestras discrepancias más serias se dan en materia de «principios regulativos», en tu terminología, o «principios en sentido estricto», en la que utilizamos Manolo Atienza y yo. En este ámbito, tú te muestras partidario de una concepción de los mismos que los asimila sustancialmente a las reglas; y esto incide en cómo crees que deben ser redactados, en el momento de la elaboración o de la reforma constitucional, o interpretados, en el momento de su aplicación: como estipulando, con la mayor precisión posible, tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito. Pues bien, yo creo, utilizando las palabras de la juez Hufstedler, referidas a las «ambigüedades gloriosas» del *Bill of Rights,* que tal circunstancia «ha hecho posible la determinación y la redeterminación de la doctrina constitucional de manera que satisfaga las necesidades de una sociedad libre, pluralista y en evolución» de forma que «mientras que la precisión ocupa una plaza de honor en la redacción de un Reglamento de la autoridad local de policía, es mortal cuando se trata de una Constitución que quiere ser viva» [9].

En España, Francisco Tomás y Valiente acuñó la expresión «resistencia constitucional», que no acabó de definir del todo, pero con la que se refería, en sus propias palabras, al «éxito del poder constituyente al haber acertado a elaborar un texto adecuado a la voluntad democrática del momento inicial, pero también dotado de mecanismos técnicos capaces de adaptarlo a las cambiantes preferencias democráticas del pueblo soberano», esto es, a la capacidad de una Constitución para «asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo» [10]. Pues bien: uno de los «mecanismos técnicos» más importantes para lograr que la Constitución opere como terreno común compartido es precisamente, me parece, el empleo de esos conceptos esencialmente controvertidos que constituyen, como se ha dicho, la arena

---

[8] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica», en J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.

[9] Tomo la cita de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional,* Madrid, Civitas, 3.ª ed., 1985, 229.

[10] F. TOMÁS Y VALIENTE, «La resistencia constitucional y los valores», en *Doxa,* núms. 15-16, 1994, 637 y 639.

en la que tiene lugar la deliberación pública y que exigen, para su operatividad, la elaboración de concepciones de los mismos. Pondré un solo ejemplo: supongamos que, en lugar de la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes, el constituyente español hubiera prohibido, caracterizándolas descriptivamente, aquellas penas o tratos que él consideraba como constitutivas de trato inhumano o degradante. Pues bien, por fértil que fuera su imaginación, parece claro que no hubiera podido llegar a reunir en un listado todas aquellas penas o tratos que una deliberación adecuada, enfrentada a los problemas que la realidad de las cosas va presentando a lo largo del tiempo, puede hacernos llegar a considerar como inhumanas o degradantes. Creerse capaz de anticipar en términos de propiedades descriptivas todo lo que puede llegar a ser inhumano o degradante es, parece claro, una muestra de soberbia epistémica carente de toda justificación. Esta incapacidad de anticipación resulta todavía más clara en el caso de disposiciones constitucionales de cierta antigüedad. Hoy, por ejemplo, tras *Roe vs. Wade,* es doctrina constitucionalmente aceptada en Estados Unidos que el respeto a la privacidad de la mujer implica el respeto a su decisión de continuar o no con su embarazo, pero parece claro que tal cosa no formaba parte de las convicciones de quienes elaboraron y aprobaron las enmiendas de la constitución americana que el Tribunal Supremo invocó como respaldo de dicha conclusión.

En definitiva, creo que tú cargas excesivamente (hasta la exclusividad) el acento en la función de la Constitución como establecedora de límites y de vínculos para la legislación; yo, sin negar en absoluto la importancia de tal función, creo que la Constitución debe operar, durante un plazo largo, también como terreno común compartido para la deliberación legislativa (y político-jurídica en general). Deliberación que, según los casos, se orienta hacia determinar cuáles son los medios más idóneos para perseguir los estados de cosas ordenados por las directrices (y aquí el papel central corresponde a los órganos de representación democrática) o hacia determinar qué es lo que los principios constitucionales en sentido estricto exigen y qué relaciones de prevalencia hay, en diversos conjuntos de circunstancias genéricas, entre ellos (y aquí es central el papel de los órganos de control jurisdiccional).

Pero creo que, tras esta larga intervención, me toca ahora cederte la palabra y preguntarte qué piensas tú de todo esto.

L. F.: Me parece que estamos clarificando y, a la vez, delimitando con relativa precisión los términos de nuestro desacuerdo: por un lado, mi defensa firme del papel normativo de las constituciones como sistemas de límites y de vínculos, lo más precisos posible, tanto para la legislación como para la jurisdicción y, por ello, en este sentido, como complemento del Estado de Derecho; por otro lado, tu defensa de una «política democrática» que, aun vinculada por la constitución a no producir «contenidos legislativos juzgados inaceptables» y a no omitir producir «contenidos legislativos cuya ausencia es juzgada inaceptable», deje sin embargo abierta «la posibilidad de dar la respuesta que en cada momento aparezca como deliberativamente mejor a todas aquellas cuestiones que se nos presentan como inevitablemente controvertibles».

No infravaloro en absoluto esta exigencia tuya, también para mí esencial. Las dos posiciones defendidas por nosotros, sin embargo, no me parecen necesariamente en conflicto entre sí. Como he dicho ya, son conciliables a través de su integración y diré

también, con una expresión cara a ti y a los neoconstitucionalistas, de su «ponderación»: utilizando e interpretando como directrices los principios que enuncian objetivos de políticas económicas y sociales y, por el contrario, como reglas o principios regulativos aquellas normas constitucionales, como la mayor parte de las que enuncian derechos fundamentales, que entendemos y que queremos rígidamente vinculantes frente a todos los poderes públicos, de la jurisdicción a la legislación y a la acción de gobierno.

Volvamos por ello a nuestras distinciones: entre los principios que ambos llamamos «directrices» y los que yo llamo «principios regulativos» y Atienza y tú llamáis «principios en sentido estricto». Pero preguntémonos, en este punto, si hay diferencias, y cuáles son, entre estas dos distinciones nuestras. Según vuestra distinción, las «directrices generan razones para la acción de tipo utilitario» y «finalista», mientras que los principios en sentido estricto «operan como razones últimas» o «finales». A vuestro parecer, además, ninguno de ambos tipos de razones son «excluyentes», es decir, ambos son derogables, pudiendo presentarse «razones en sentido contrario dotadas de mayor fuerza»; sin embargo, añadís, las razones últimas expresadas por los principios en sentido estricto son más fuertes que las razones utilitarias expresadas por las directrices, dado que pueden ceder frente a las razones últimas expresadas por otros principios, pero no frente a las razones utilitarias expresadas por las directrices [11].

Mi distinción es distinta; tanto que, más allá de la terminología empleada, pienso, en este punto, que con ella no entendemos en absoluto las mismas cosas. Los principios regulativos, entre los que he incluido todos los derechos fundamentales, se distinguen de las directrices, a mi parecer, porque, a diferencia de éstas, tienen un contenido prescriptivo no distinto del de las reglas. Por esto, sobre la base de la noción corriente de regla adoptada por mí en *Principia iuris* (con P7, P8 y T4.13-T4.16), los he llamado «regulativos»: porque su rasgo distintivo consiste, como el de todas las reglas que he llamado «deónticas», precisamente en la formulación de figuras deónticas, como son las facultades, las prohibiciones, las obligaciones y las expectativas negativas y positivas de carácter general y/o abstracto. Precisamente, los principios regulativos que enuncian derechos fundamentales confieren a todos y a cada uno situaciones jurídicas, es decir, «derechos subjetivos», consistentes en expectativas, en ocasiones unidas a facultades, a las que corresponden prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, es decir, lo que he llamado «garantías», a cargo de la esfera pública. Se comportan, en breve, como todas las reglas, es decir, como normas vinculantes. Las directrices, por el contrario, no dan vida a ninguna situación jurídica: piénsese en las normas, que tú acabas de recordar, del capítulo III del título I de la Constitución española, expresamente llamadas «principios rectores de la política social y económica»; o bien en normas como el *incipit* de la Constitución italiana «Italia es una república basada en el trabajo», o en su art. 3, párrafo segundo, con arreglo al cual «corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social» que limitan de hecho la libertad o la igualdad de los ciudadanos, o el art. 9, según el cual «la República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica» y «protege el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación». Aunque fundamentales, éstas no son reglas, porque no disponen ninguna obligación o prohibición determinadas.

[11] M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho,* cit., cap. I, 14; cfr., también, *ibid.,* 140-141.

Ciertamente tienen, como directrices, un valor deóntico más bien débil: como normas programáticas, tal como las habéis llamado vosotros. Pero ciertamente no implican ni exigen ninguna garantía específica.

Pues bien, son únicamente directrices en este sentido, a mi parecer, los principios constitucionales que indican a los poderes públicos determinados fines u objetivos políticos, pero no así los medios para lograrlos, confiados a las opciones de la política. Las directrices que se acaban de poner como ejemplo —como «Italia es una república basada en el trabajo» o «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»— consisten, en efecto, no ya en normas deónticas que impongan una determinada conducta y en relación con las cuales, sea, por ello, configurable y censurable su violación, sino precisamente en principios que confían a la política las formas y los medios de su realización y a la valoración política el juicio sobre su no realización. Puede ser que haya empleado una expresión infeliz, por ser fuente de malentendidos, afirmando que estas normas, cuya importancia estoy lejos de infravalorar, son «relativamente marginales». Con esta expresión he tratado de subrayar la relativa marginalidad de tales normas a los únicos fines de la identificación de la *estructura* del paradigma constitucional: el hecho, en otras palabras, de que las mismas no enuncian situaciones jurídicas, no generan figuras deónticas y por ello no imponen límites y vínculos determinados a la acción política y legislativa, idóneos para fundamentar juicios jurídicos y pronunciamientos judiciales de invalidez o de ilegitimidad, por comisión o por omisión, referidos a la legislación ordinaria. Pero esto no quiere decir en absoluto que tales directrices no expresen valores últimos, tanto que probablemente para Atienza y tú son más bien «principios en sentido estricto». En particular, el art. 1 y el art. 3, párrafo segundo, de la Constitución italiana han sido justamente concebidos, por la cultura jurídica italiana, como las normas fundamentales del ordenamiento, cuya identidad democrática diseñan. Ni, aún menos, quiere decir que tales directrices sean fórmulas retóricas. Además de fundamentar la identidad de nuestros ordenamientos, de recomendar políticas económicas y sociales y de orientar los juicios políticos, ante todo de los electores, sobre los programas y más tarde sobre la acción de sus representantes, estos principios desarrollan, como todos aquellos que alguna vez llamábamos «principios generales del ordenamiento», un papel central en la argumentación judicial de las interpretaciones que cada vez se asocian a todos los demás enunciados normativos.

Un discurso muy distinto exigen lo que Atienza y tú llamáis «principios en sentido estricto» y yo he llamado «principios regulativos». En esta clase de principios —y me parece que también desde este flanco nuestras dos tipologías son divergentes entre sí— entran a mi parecer los derechos fundamentales: los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales, es decir, gran parte de la sustancia de lo que he llamado «la esfera de lo indecidible (que y que no)». Los he llamado regulativos, repito, porque ellos, más allá del distinto estilo en el que están formulados, se comportan, como resulta evidente sobre todo frente a sus violaciones, exactamente como las reglas. Se trata, en efecto, de expectativas negativas de no lesión o de expectativas positivas de prestación de carácter general a las que corresponden límites y vínculos, o sea, prohibiciones y obligaciones, es decir, garantías exactamente determinadas, a cargo de la esfera pública. Ciertamente no siempre es fácil determinar con precisión los contra-límites de tales límites y vínculos: por ejemplo, el contra-

límite de la intimidad o del buen nombre al principio de la libertad de prensa y de información. Pero no veo por qué no se deba desear y promover la previsión constitucional de estos contra-límites, como, por ejemplo, una menor rigidez de los mismos para los hombres públicos cuando la información sea relevante para hacer valer su responsabilidad política. Ciertamente, además, la formulación de tales contra-límites con palabras como «intimidad» o «buen nombre» admite inevitablemente espacios de discrecionalidad interpretativa; de manera no distinta, por lo demás, de la norma recordada por ti que prohíbe penas o tratos «inhumanos» o «degradantes», esto es, lesiones de la dignidad personal que no tendría sentido especificar, estando su identificación remitida, caso por caso, a la valoración equitativa del juez. Pero esto vale para cualquier norma expresada en términos vagos y valorativos, como es el caso de muchísimas reglas penales, desde las referidas a los delitos de malos tratos o de injurias a las referidas a las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes, para dar cuenta de las cuales no hemos pensado nunca recorrer a la categoría de los principios, como opuesta a la de las reglas.

Nuestras distinciones, en suma, en una amplia parte no coinciden. Vuestra distinción entre principios en sentido estricto que operan como valores últimos y directrices que operan como razones de tipo utilitario parece basarse, principalmente, sobre la mayor importancia de los primeros —que remite inevitablemente a las cambiantes valoraciones de los intérpretes— que justifica su prevalencia sobre las segundas. Mi distinción entre principios regulativos y directrices es, por el contrario, de carácter conceptual. Los primeros —como es el caso de gran parte de los derechos fundamentales, del principio de igualdad, o del rechazo de la guerra— son, en realidad, reglas, en cuanto que dictan figuras deónticas como son los derechos subjetivos y las prohibiciones, por su naturaleza susceptibles de observancia y de inobservancia. Las segundas se limitan, por el contrario, a indicar objetivos políticos sin que sea configurable una violación precisa de los mismos. De esta forma, los que tú o yo consideramos que son valores últimos o supremos, como el trabajo ubicado como fundamento de la República italiana o la protección de la familia, son para mí directrices y para ti, quizás, principios en sentido estricto; mientras que muchos derechos fundamentales, como algunos derechos sociales, que según tú consisten en directrices, según mi distinción son, por el contrario, principios regulativos.

Pero es precisamente mi concepto de derechos fundamentales lo que tú impugnas, retomando una vieja crítica a la que tuve ya ocasión de replicar [12]. Según esa crítica, yo supondría indebidamente que «las autoridades normativas [...] usan siempre el término "derecho" (subjetivo) con el significado» que yo le asigno [13]. Podría fácilmente responder que cualquier uso de términos teóricos, incluido el tuyo y de Atienza, que se dirija a dar cuenta de nuestro objeto de discurso, que es un objeto lingüístico, supone siempre la convicción de su adherencia o correspondencia con (o capacidad de dar cuenta de) los usos lingüísticos del legislador o del constituyente. En todo caso, vuestra suposición es más arbitraria que la mía, dado que el lenguaje del constituyente no es

[12] En «Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y a José Juan Moreso», en *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 196-206.

[13] M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Tres problemas,* cit., 93.

en absoluto un lenguaje principialista: en él no se habla de «principios de libertad», o de «principio de la salud», o de «principio de la educación», sino de «derechos» de libertad y de «derechos» a la salud o a la educación; no se limita a proclamar principios, sino que confiere derechos fundamentales a las personas. Y te confieso que tu argumento del carácter «implausible» de la «proclamación a gran escala, por parte del constituyente de derechos destinados a ser violados por omisión, asimismo a gran escala, por parte del legislador ordinario» me recuerda el rechazo de Kelsen, que he criticado antes, de la idea misma del *Derecho ilegítimo*; que es la gran novedad generada por la rigidez de las constituciones: el mayor defecto pero también el mayor mérito, como he escrito muchas veces, del Estado constitucional de Derecho.

Es, pues, el significado de la noción de «derechos» lo que debemos discutir. Pues bien, los derechos fundamentales, si los tomamos en serio según la bella fórmula de Dworkin, son con seguridad configurables como derechos subjetivos, o sea, como expectativas a las que corresponden, por parte de otros, obligaciones o prohibiciones de no lesión o de prestación. Su especificidad respecto a los derechos no fundamentales consiste únicamente en el hecho de que se atribuyen a todos (en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos, o en cuanto capaces de obrar, según sus diversos tipos) de forma que a ellos corresponden deberes *erga omnes* a cargo de la esfera pública. Naturalmente, ésta es una definición estipulativa, ni verdadera ni falsa, sino sólo capaz de dar cuenta de las variadas clases de situaciones jurídicas comúnmente denominadas «derechos subjetivos» o «derechos fundamentales». Pero esto quiere decir que esta definición únicamente puede ser criticada oponiéndole una definición de las mismas palabras dotada de mayor capacidad explicativa.

Naturalmente, añado, no basta con que una constitución use la palabra «derecho» para que se trate de un derecho fundamental. Es necesario, para ello, como para todas las figuras deónticas (según lo que he mostrado con mis tesis T2.2 y T2.3 de *Principia iuris*) [14] que sea configurable y posible, como condición de sentido, tanto su realización como su violación. No tendría sentido, por ejemplo, el derecho a la felicidad o a vivir eternamente. En cuanto al «derecho al trabajo», recordado por ti, es con seguridad, a pesar de su denominación, una directriz —la directriz de políticas dirigidas al pleno empleo— y no un derecho subjetivo, dado que no consiste en una expectativa como garantía de la cual se pueda, en una sociedad capitalista, configurar, frente a alguien, la obligación de procurarle un empleo. Esto no quita, como ya lo he dicho de manera general para las directrices, que el principio del derecho al trabajo sea utilizable como argumento en apoyo de una determinada interpretación: por ejemplo, en apoyo del rechazo de la tesis de la invalidez constitucional de la ley italiana de 1966 que, limitando la autonomía negocial del empleador, exige la existencia de una justa causa para la validez del despido de un trabajador dependiente. En ocasiones, además, nos encontramos frente a normas que ocupan una posición intermedia entre los principios regulativos y las directrices: es el caso del principio de la dignidad de la persona, que ciertamente consideraríamos ambos como un valor último y que por ello es, en tu opinión, un principio en sentido estricto pero que no tiene siempre, a mi parecer, un carácter regulativo, al no ser claramente determinables, en ocasiones, sus violaciones.

[14] *Op. cit.*

Por el contrario, los derechos de libertad son todos ellos expectativas de no lesión a las que corresponden otras tantas prohibiciones suficientemente determinadas. Piénsese solamente en la libertad personal, a la que el art. 13 de la Constitución italiana declara «inviolable» y rodea de reglas de garantía, hasta tal punto precisas y detalladas que se llega a determinar en «cuarenta y ocho horas» el límite máximo de tiempo dentro del cual las «medidas provisionales» adoptadas por la policía «en casos excepcionales de necesidad y de urgencia, especificados taxativamente en la ley», deben comunicarse «a la autoridad judicial» y a establecer que esas medidas provisionales, si la autoridad judicial «no las confirma en las cuarenta y ocho horas subsiguientes, se considerarán revocadas y no surtirán efecto alguno». Pero igualmente determinadas son las expectativas de prestaciones en las que consisten los derechos sociales y a las que corresponden obligaciones asimismo determinadas: como, por ejemplo, la previsión, en el art. 34 de la Constitución italiana, de «la enseñanza primaria, que se impartirá por lo menos durante ocho años» por la escuela pública como «obligatoria y gratuita»; o la protección de la salud, prevista por el art. 32 como «derecho fundamental del individuo», que entraña asimismo la obligación de la asistencia sanitaria a cargo de la esfera pública, con el límite, también unívocamente establecido en el segundo párrafo, de que «nadie puede ser obligado a seguir un determinado tratamiento sanitario sino por disposición de una ley», vinculada, a su vez, al «respeto a la persona humana». Naturalmente, permanecen confiadas a la política las opciones operativas en orden a la organización del servicio escolar y del servicio sanitario y a determinar cuántas y cuáles escuelas y hospitales es oportuno establecer en ésta o aquella región. Pero esas obligaciones permanecen sin cambios y relativamente unívocas y precisas, sean las que fueren las nuevas enfermedades que se manifiesten en cada momento y las nuevas técnicas terapéuticas que el proceso tecnológico vaya inventando.

Es claro que una concepción semejante de los principios regulativos, mientras que no quita nada a los espacios discrecionales de la política en los medios y formas de su realización, excluye eso que es el rasgo a mi parecer más inaceptable de las teorías neoconstitucionalistas y sobre el que, me parece, no te has pronunciado aquí: el de la derogabilidad, aun si ponderada, de los principios por parte del legislador. Es éste el punto de mayor desacuerdo entre nosotros y la principal diferencia entre los que he llamado «constitucionalismo principialista» y «constitucionalismo garantista». A mi parecer, los principios regulativos de rango constitucional, al consistir en figuras deónticas, son rígidamente normativos tanto frente a los espacios de la política y de la legislación, que me parece que son el único aspecto de la cuestión tratado en tu pregunta, como frente a la jurisdicción. Su derogabilidad está, en efecto, excluida por el grado supraordenado de las normas constitucionales respecto a cualquier otra fuente del ordenamiento. Admitirla, como a veces hacen muchos de nuestros colegas neoconstitucionalistas, equivale a invertir la jerarquía de las fuentes y por ello a hacer vana la rigidez de las constituciones.

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN *DOXA*

1. CORRESPONDENCIA

Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de la revista: doxa@ua.es. En caso de que ello no sea posible, deberá enviarse el original acompañado de una versión en disquete o CD-ROM, en Word, a la siguiente dirección:

Manuel Atienza
Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Alicante
Apdo. de Correos 99
E-03080 Alicante
España

La primera página incluirá el título (en español y en inglés), nombre completo del autor, puesto docente o investigador y centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico.

2. ABSTRACTS Y PALABRAS CLAVE

Los trabajos deberán ir precedidos por dos *abstracts*, uno en español y otro en inglés, de una extensión no superior a 10 líneas, así como de una propuesta de palabras clave en ambos idiomas.

3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS

Para la selección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a doble espacio, con tipografía Times New Roman de cuerpo 12. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de las 45 páginas. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas a doble espacio y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 30 páginas.

4. ACEPTACIÓN

La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a informe confidencial por evaluadores externos. El resultado de los informes se comunicará a los interesados y sólo podrá ser uno de los siguientes:

a) Aceptación del trabajo.
b) Aceptación condicionada a una adaptación de la extensión del trabajo.
c) No aceptación del trabajo.

5. PUBLICACIÓN

Los trabajos aceptados pasarán a formar parte del fondo de la revista, la cual se compromete a su publicación. La redacción tomará de dicho fondo los trabajos que conformarán cada número. Una vez cerrado el número, lo comunicará a los autores cuyos trabajos vayan a aparecer en él.

6. EJEMPLARES

Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor un ejemplar del mismo y la correspondiente separata electrónica. En aquellos casos en que la redacción decida unir en una única separata varios artículos (por constituir una unidad; por ejemplo, una polémica), se procederá al reparto de la misma entre los diversos autores.

7. NORMAS DE EDICIÓN

Notas a pie de página. Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente, siempre antes del signo de puntuación que correspondiese.

Citas. Las citas irán en redonda y no cursiva, y entre comillas angulares. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser voladitas. Cuando la cita exceda de tres líneas, se separará del cuerpo principal del texto, irá sangrada y a cuerpo menor. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

Bibliografía. Las citas bibliográficas seguirán el modelo anglosajón. Los apellidos del autor en versalitas, año de edición del original: páginas.

— Si el autor publicó varias obras el mismo año, se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c... (PÉREZ, 2007a: 10-15).

— Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (S. PÉREZ, 2007a: 10-15).

En bibliografía, seguir el siguiente orden: apellidos en versalitas, inicial del nombre, año, dos puntos y capítulo de libro o artículo de revista entre comillas angulares, título de la obra o de la revista en cursivas (si se trata de una revista, luego el número), el tomo o volumen entre paréntesis, dos puntos y las páginas.

PÉREZ, S., 2007: «Una teoría», *Doxa*, 30 (2): 10-15.