

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 injusticia².

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 libertad³; 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 estatista 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 neocostituzionalismo», 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 «neo-constitucionalismo» 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, ignorada⁴. 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 neocostituzionalismo*, 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 interpretación 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 neoconstituzionalismo: 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 Derecho⁵. 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 Unidos⁶, 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 iusnaturalistas⁷, no está conceptualmente conectado al iusnaturalismo, pudiendo muy bien ser aceptado por los iuspositivistas⁸.

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 llamare *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 giuridiale 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. Teoría del diritto e della democrazia. I. Teoría del diritto e II. Teoría 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 «principalista» 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. Constituição, Hermeneutica e Teorias discursivas. Da possibilidade a necessidade de respostas corretas em direito*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, que dedica un largo párrafo (§ 13.5, 475 ss.) a la crítica del «panprincipiologismo em Terrae brasiliis», 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-jurídico¹⁰. 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.

cial 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 interno¹¹. 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 jurídico¹².

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 morales¹⁵. 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. CEPPEA, *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 argumentativas¹⁷.

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 irreversible²⁰—, un renovado «rol de los juristas»²¹, inspirado por una clara opción iusnaturalista²².

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 constitucionalidad²³. 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 política²⁴. 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. Teoría 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 sociales²⁵.

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 fundamentales²⁶.

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 *juridicamente* 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 avaloratividad 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 avaloratividad 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 personas²⁷.

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 liberal²⁸, 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 confin, 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 subjetivo²⁹. 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 objetiva³³. 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 Recht* (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 transcrito 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 coherente 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 moral³⁴.

Pero, a su vez, una concepción objetivista de la moral remite a una concepción cognoscitivista de la misma. En pocas palabras, supone el cognoscitivismo ético³⁵. «Cuanto más extrema sea la injusticia», escribe ALEX, «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 *autoritas 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 Scarfelli*, 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. ALEX, *Concetto*, cit., cap. II, § 4.2.1.4, 53.

³⁷ «*Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem*» [T. HOBBS, *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 HOBBS 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 Philosopher 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 HOBBS, 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 disidentes³⁸: 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 justos³⁹. 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 existente⁴⁰. 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 *PiII*, § 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, *Teoría 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 pacífica⁴¹—, 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 civil⁴². 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 ella⁴³.

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 político».

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 antinomias⁴⁴. 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 DWORKIN⁴⁵ y que Robert ALEXYY 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. ALEXYY, *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 principios⁴⁷. 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 hecho⁴⁸ 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 misma⁴⁹. 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 «subsunición 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 esclusivamente 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 abstracto⁵⁰. 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 principalistas 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 ponderación⁵¹.

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. ALEXI, *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, *Distinguendo. 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 ALEXI, 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 marginales⁵³. 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 prestación⁵⁴.

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. Tutelaré el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación»; o también en el art. 47: «la República fomentará y tutelaré 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 grado⁵⁵ 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 discriminaciones⁵⁶. 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 prohibición⁵⁸. Justamente porque los derechos fundamentales son universales (*omnium*), consisten en normas, interpretables siempre como reglas⁵⁹, 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 ponderación⁶⁴.

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 defettibilità 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 principalista, 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. Ética 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. MORENO 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 —consecuente 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 fascista⁶⁸. 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 vinculantes⁶⁹. 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 intérprete⁷².

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 similares⁷³.

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 estipulan⁷⁴.

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 lípidamente 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 defienden⁷⁵. 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 ALEX Y 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 típica⁷⁶. 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 párrafo 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 constitucional⁷⁷.

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 otros⁷⁸, 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 productiva⁷⁹.

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 fondamentali*, 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 principios⁸⁰— 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 discrecional⁸¹— 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 ellos tiene que ceder ante el otro», sin que el primero sea considerado inválido o el segundo prevalente en virtud del principio de especialidad⁸². 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 ley⁸⁴.

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 fundamentales*, 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 otro⁸⁸. 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 otros⁹⁰. 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 juez⁹¹. 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 probabilista 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 indecible. Y me pregunta: «¿que es lo que hace que la Corte constitucional esté más legitimada que el parlamento para decidir lo indecible?», 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 judicial⁹², 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 ROMAGNOSI⁹⁴. 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 principalista, 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, «Traité 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)