EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. ENTRE PALEO-IUSPOSITIVISMO Y NEO-IUSNATURALISMO*

Luigi FERRAJOLI
Universidad de Roma III

RESUMEN. En el presente artículo, el autor responde a sus críticos, aprovechando la ocasión para redimensionar los disensos y aclarar los temas de fondo, regresando a los asuntos expuestos en su artículo anterior como la cuestión terminológica, la Constitución y los derechos fundamentales como conceptos de la teoría del Derecho, la relación entre constitucionalismo y democracia, la relación entre Derecho y moral, reglas y principios y la ponderación.

Palabras clave: FERRAJOLI, neoconstitucionalismo, garantismo, ponderación.

ABSTRACT. In this paper, the author answers to his critics resizing disagreements and clarifying substantial topics he had elaborate on in a previous work: terminological issues, the Constitution and the fundamental rights as Theory of Law concepts, the relation between constitutionalism and Democracy, Law and morality, rules, principles and weighting.

Keywords: FERRAJOLI, neoconstitutionalism, garantismo, weighing.

* Fecha de recepción: 4 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 25 de julio de 2011.

1. NUESTRO DEBATE

Agradezco a todos quienes han intervenido en este debate. La mayor parte de los interventores han sido particularmente críticos. Esperaba las críticas, mucho menos las incomprensiones, pero tanto unas como otras permiten aislar con claridad las cuestiones controvertidas y precisar la medida y el alcance de los disensos. En efecto, la discusión ha esclarecido numerosos malentendidos respecto a lo que he denominado «constitucionalismo garantista», por ejemplo, la idea que la teoría que le subyace haya «formalizado el universo normativo» o implique una «despolitización de la práctica democrática» o no deje espacio a la argumentación (Gr., 140-141), o bien que pretenda ser «exhaustiva» y «completa» (Lap., 168); la vieja idea del juez como boca de la ley o de la Constitución, además de la tesis que los conflictos entre derechos pueden ser resueltos «limpiamente» por los jueces con tesis verdaderas (Lap., 178 y 180); la tesis que el positivismo jurídico y el constitucionalismo aseguran, por sí mismos, las formas y la sustancia democráticas de nuestros ordenamientos (Ag., 59-60 Lap., 173; Pi., 210) por lo que el constitucionalismo garantista equivaldría a un «constitucionalismo imposible», como dice el título del ensayo de J. AGUILÓ; la tesis que las argumentaciones morales no serían susceptibles de justificación racional y serían «necesariamente arbitrarias» (Lap., 180); finalmente, la idea que el Derecho no tenga una «dimensión axiológica» o «valorativa» más allá de la «autoritativa» o que yo «amputo los componentes valorativos de los derechos fundamentales» (At., 82-83). Se trata de tesis más o menos absurdas, ninguna de las cuales he sostenido y algunas de las cuales he negado y criticado explícitamente.

Por lo demás, también me han reprochado —en particular, M. ATIENZA— haber tergiversado o deformado muchas de las tesis de la orientación que he denominado «constitucionalismo principalista». Aunque siempre he tenido cuidado al citar pasajes de distintos autores, reproduciéndolos generalmente de forma literal, a partir de las precisiones formuladas por ATIENZA no tengo dificultad en admitir haber podido tergiversar en algo su pensamiento, así como el de J. RUIZ MANERO, asociando indebidamente sus tesis con las de R. DWORKIN y R. ALEXY. Como excusa puedo decir que reiteradamente ATIENZA ha profesado una sustancial adhesión a las tesis de estos dos autores. Sin embargo, tomo estas precisiones con gusto: más allá del malestar por mis tergiversaciones, que no excluyo y por las que me disculpo, éstas sirven ciertamente para reducir el alcance de nuestras discrepancias. No obstante, estoy convencido de que la aproximación principalista —poco importa si en la versión de ALEXY o DWORKIN más que en la de ATIENZA y RUIZ MANERO—, tiene el riesgo de avalar un debilitamiento del rol normativo de las constituciones y un activismo judicial, en contraste con la separación de los poderes y con las fuentes mismas de la legitimación de la jurisdicción. ATIENZA rechaza firmemente estas implicancias, sin embargo, sus precisiones no me parecen suficientes para excluirlas. De lo que se sigue la oportunidad de un análisis ulterior de estas tesis principalistas que, más allá de las etiquetas y de las intenciones, han permitido llegar a esas implicaciones o, en todo caso, han favorecido su incomprensión o deformación. Aclararemos exactamente los puntos de la discrepancia asumiendo, en cambio, como banco de pruebas, la coherencia de todas nuestras tesis con aquellas sobre las que concordamos. De este modo, no obstante las

tergiversaciones y quizá gracias a ellas, mi intervención crítica habrá tenido el valor de una útil provocación.

Por tanto, el objetivo de esta réplica no es sólo la precisión de mis tesis, confrontándolas nuevamente con las de mis críticos sino también, una vez despejados los recíprocos equívocos y tergiversaciones, redimensionar nuestros disensos y, en todo caso, aclarar los temas de fondo. En efecto, una cosa es cierta y, creo, compartida por todos. La discrecionalidad que inevitablemente interviene en la aplicación de la ley está ligada a factores objetivos, independientes de nuestras teorías: a la indeterminación del lenguaje legal, al estilo empleado por el legislador, sea el constituyente como el ordinario, a los conflictos entre normas constitucionales, a los juicios subjetivos de valor que inevitablemente intervienen en la interpretación de términos valorativos pertenecientes (también) al lenguaje moral, al consiguiente carácter opinable de las distintas soluciones interpretativas: en suma, a la semántica del lenguaje normativo. Por tanto, la sujeción al Derecho —de la legislación a la Constitución, y de la jurisdicción y la administración tanto a la ley como a la Constitución— sobre la que se funda el Estado de Derecho es siempre aproximativa e imperfecta. Pienso que sobre esto podemos estar todos de acuerdo. Por lo demás, es por esto que siempre he hablado de un grado más o menos elevado de legitimidad de los poderes públicos respecto a sus fuentes de legitimación democrática: la aplicación de la ley y la verdad procesal, aunque siempre relativas y opinables, sobre las que se funda la legitimidad de la jurisdicción; la representatividad política, no menos relativa y convencional y el respeto de las normas constitucionales, de las que depende la legitimidad de la legislación. Como he sostenido muchas veces, la jurisdicción en particular es siempre un poder-saber: es tanto más legítima cuanto mayor es el saber y menor es el poder.

Ahora bien, la hipótesis de trabajo que intento poner a prueba y someter a la discusión es que la diferencia entre las dos orientaciones del constitucionalismo que he distinguido consiste esencialmente en la distinta explicación y valoración, en el plano teórico, de los espacios de autonomía del poder legislativo y de discrecionalidad del poder judicial abiertos a la semántica del lenguaje de las leyes y de las constituciones. Entonces, la diferencia no consiste en afirmar o en negar estos espacios, que existen independientemente de nuestras distintas concepciones del constitucionalismo, sino en sus diferentes explicaciones y valoraciones. La opción principalista considera estos espacios como irreducibles (y para algunos, inclusive, resultan políticamente apreciables) y confía su racionalización a una adecuada teoría de la argumentación. Por el contrario, la opción garantista —de acuerdo con el modelo normativo del Estado de Derecho concebido, sin embargo, como un modelo límite, nunca realizable del todo— considera estos mismos espacios como perjudiciales y, por tanto, promueve su minimización mediante la introducción de garantías apropiadas, sea en el terreno de la legislación como en el de la jurisdicción. Pero es claro que tales espacios permanecen objetivamente al margen de cuáles sean nuestras concepciones de la legalidad, de la constitución y de la jurisdicción —iusnaturalistas, iuspositivistas o postpositivistas, principalistas o garantistas, ético-objetivistas o ético-antiobjetivistas—. En efecto, principalismo y garantismo, ponderación y subsunción son sólo distintas representaciones o reconstrucciones, sobre el plano teórico, de las mismas prácticas operativas.

Ello no quiere decir que la alternativa teórica entre el constitucionalismo principalista y el constitucionalismo garantista no tenga una enorme relevancia práctica. Como intentaré demostrar, ella designa una alternativa entre distintas concepciones del funcionamiento del Derecho, cuya principal relevancia pragmática es la de avalar y legitimar concretamente, y a lo mejor de apoyar, o bien, al contrario, de criticar y deslegitimar normativamente, y a lo mejor de reducir: *a)* los espacios, para algunos del todo positivos pero para mí negativos, de la autonomía del poder legislativo y de la discrecionalidad del poder judicial, y *b)* el consiguiente debilitamiento de la normatividad de las constituciones. Decíamos también, para evitar polémicas inútiles por carecer de sentido, que estas distintas concepciones no son ni verdaderas ni falsas, sino únicamente más o menos justificadas sobre la base de su capacidad para dar cuenta de la estructura normativa de las actuales democracias constitucionales y del rol garantista de las constituciones, además de su consecuente idoneidad para orientar los estilos argumentativos y la deontología profesional de los operadores jurídicos. No somos simples espectadores del universo normativo que estudiamos, sino que contribuimos a modelarlo con nuestras concepciones y con nuestras teorías que, por tanto, debemos justificar responsablemente también sobre la base de su relevancia pragmática. Por otra parte, sobre este terreno, los disensos no son del todo conciliables al no ser sólo de carácter teórico sino también de carácter político. Sin embargo, será una valiosa adquisición tanto teórica como práctica el común reconocimiento, por parte de cada uno, de los límites y de los riesgos inherentes a las propias tesis y del conjunto de las razones como apoyo de las tesis ajenas. Por lo demás, en esta dirección ha procedido M. Atienza, quien al término de su intervención ha admitido que algunos de los riesgos temidos por mí en las tesis principialistas, «son riesgos reales y que deben ser tomados muy en serio por parte de quienes tratan (tratamos) de desarrollar esa concepción del Derecho» (At., 84). Por mi parte no tengo dificultad en reconocer, como precisaré más adelante, los inevitables espacios de la discrecionalidad judicial y la consiguiente importancia de la argumentación ético-política y, por tanto, de una adecuada teoría de la argumentación, para su ejercicio correcto y racional. En suma, nuestro debate no habrá sido inútil si nos sentimos inducidos, sobre la base de esta común conciencia crítica, a una mayor precisión de nuestras teorías.

Hecha esta premisa, en las siguientes páginas procederé al análisis de las distintas cuestiones en torno a las cuales se han manifestado los principales disensos. Para tal fin, puede ser útil poner orden entre las distintas cuestiones controvertidas, distinguiéndolas en dos grandes clases sobre la base de una muy eficaz imagen utilizada por L. Hierro. Hierro ha representado el itinerario recorrido por mis tesis —desde la crítica del iuspositivismo dogmático presentado en *Derecho y razón* [1] hasta la crítica del neoconstitucionalismo presentado en el ensayo aquí discutido— como un difícil paso entre Escila y Caribdis (Hi., 155 y ss.). En efecto, las dos orientaciones que más veces he criticado, y a cuyos principales exponentes he criticado reiteradamente, son el paleo-iuspositivismo de quien sostiene que la rigidez de las constituciones no ha producido ninguna significativa innovación estructural en el viejo modelo iuspositivis-

[1] *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1989, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, 1995, Madrid, Trotta, 9.ª ed., 2009, cap. XIII, § 58, 868-880.

ta y el neo-iusnaturalismo de quien, por el contrario, interpreta tal innovación como una negación de aquel modelo generada por la renovada conexión entre Derecho y moral ocurrida con la incorporación en las constituciones de principios ético-políticos. Efectivamente, el constitucionalismo garantista que propongo se distancia tanto de la Escila paleo-iuspositivista como de la Caribdis neo-constitucionalista, a lo que se aúna, en mi opinión, una incomprensión del paradigma del constitucionalismo rígido: configurable, me parece, no más sobre la base de la vieja reducción iuspositivista de la validez de las normas legales a su existencia y sobre la consiguiente aproximación avalorativa de la ciencia jurídica a su objeto, ni tampoco sobre una superación tendencialmente iusnaturalista de la separación entre Derecho y moral y, por tanto, del propio positivismo jurídico, sino como un iuspositivismo reforzado y, por así decir, completado por la positivización del *deber ser jurídico* de la producción legislativa del propio Derecho positivo.

Las siguientes páginas están dedicadas a mis objeciones a estas dos orientaciones. En un primer momento responderé a las objeciones paleo-iuspositivistas enfrentando, en el § 2, a la que sólo en apariencia es una cuestión únicamente terminológica, pues tras de ella se esconde la cuestión teórica de la naturaleza misma del paradigma constitucional; luego, en el § 3, enfrentaré la cuestión, relacionada con la primera, del estatus epistemológico de la teoría del Derecho como teoría formal y del rol de la teoría respecto a las distintas aproximaciones disciplinarias —jurídicas, filosófico-políticas y sociológicas— al estudio empírico de la fenomenología del Derecho; finalmente, en el § 4, trataré la relación entre iuspositivismo, iusconstitucionalismo y democracia. Responderé luego a las objeciones neo-constitucionalistas o principalistas enfrentando, en primer lugar, en el § 5, la cuestión de la relación, si de conexión o de separación, entre Derecho y moral, y la alternativa que ésta presupone entre objetivismo y cognoscitivismo ético, de un lado, y anticognoscitivismo y antiobjetivismo ético, de otro; luego, en el § 6, discutiré el problema de la relación entre reglas y principios y, por otro lado, entre los que he llamado «principios regulativos» y los que he llamado «principios directivos»; finalmente, en el § 7, hablaré de la subsunción y de la ponderación, además del rol de la argumentación en la práctica judicial. Lamentablemente me veré forzado a proponer muchas tesis ya sostenidas en el pasado. Sin embargo, espero que los argumentos con los que las justificaré en este texto, y también a la luz de las críticas que me han dirigido y las aclaraciones que me han solicitado, éstas resulten ahora más convincentes.

2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: LO QUE ENTENDEMOS POR «CONSTITUCIONALISMO». EL CONSTITUCIONALISMO COMO NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO

La revisión terminológica que he propuesto —el uso de «constitucionalismo» o, si se quiere, de «constitucionalismo jurídico» en lugar de «neoconstitucionalismo» para designar el modelo de las actuales democracias constitucionales y la connotación como «principalista» o «garantista» de las distintas concepciones, la una basada en la conexión, la otra en la separación entre Derecho y moral— ha sido acogida, paradójicamente, por el exponente más radical del constitucionalismo principalista, A. García

FIGUEROA (GF, 123 y ss.), quien, por lo demás, cree superada la vieja oposición entre iuspositivismo y iusnaturalismo. En cambio, ha sido rechazada, además de por M. BARBIERIS, por P. COMANDUCCI, quien, incluso, comparte la opción iuspositivista que he puesto en la base del constitucionalismo garantista.

COMANDUCCI —al sostener las dos identificaciones que critico, del constitucionalismo con la ideología dirigida a la limitación del poder y del neoconstitucionalismo con una teoría del actual paradigma constitucional «concurrente con la del positivismo» y «alternativa» a ella porque está basada sobre la conexión entre Derecho y moral [2]— ha desarrollado cuatro observaciones críticas en torno a mis propuestas redefinitorias.

Según su primera observación, sería oportuno llamar con distintos nombres a nuestras teorías o doctrinas, y a sus objetos normativos e institucionales, es decir, el «Estado legislativo de Derecho» y el «Estado constitucional de Derecho». Únicamente cabría reservar para las primeras las expresiones «positivismo jurídico» y «constitucionalismo» —sea éste «iusnaturalista» o «iuspositivista»— de las que, en cambio, «no tiene ningún sentido» calificar sus modelos institucionales (Co., 97). Parecería una propuesta de sentido común. Por lo demás, a menudo uso también las expresiones «Estado legislativo» y «Estado constitucional» para designar, respectivamente, al modelo de Estado-Derecho que carece y cuenta con una constitución rígida, mientras que utilizo los distintos «-ismos» para designar las distintas concepciones o teorías del Derecho.

Tengo, sin embargo, la impresión que tras de esta propuesta se esconde una petición de principio: la tesis, incontestable, si «constitucionalismo» es entendido, como lo entiende COMANDUCCI, como una doctrina política «independiente y sin conexión necesaria entre el nivel de las ideas y el nivel de las instituciones» (Co., 97). En efecto, es claro que si entendemos «constitucionalismo» en el sentido de COMANDUCCI, es decir, como sinónimo de la ideología liberal de los límites a los poderes públicos, ello es compatible con cualquier tipo de ordenamiento, incluso con el viejo Estado legislativo de Derecho. Pero, precisamente por ello, es necesario distinguir de qué «ideas» estamos hablando cuando afirmamos «la independencia entre el nivel de las ideas y el nivel de las instituciones». Si tales ideas son, concretamente, las ideologías o las filosofías políticas, entre ambas hay una obvia independencia; por ejemplo, obviamente existe independencia entre el constitucionalismo político como doctrina liberal de los límites al poder y las estructuras institucionales existentes, como las que han caracterizado al Estado legislativo de Derecho hasta la introducción de las constituciones rígidas o, peor aún, los ordenamientos no liberales y autoritarios; igualmente, existe independencia entre el Derecho existente, cualquiera que éste fuera, y el positivismo jurídico como instancia política reivindicada por éste, en oposición al Derecho jurisprudencial y doctrinario premoderno del tiempo de Th. HOBBES [3] o también de J. BENTHAM. Si, en

---

[2] P. COMANDUCCI, «Forme di neo-costituzionalismo: una ricognizione metateorica», en T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 78-79.

[3] Es la «paradoja hobessiana» señalada por N. BOBBIO según la cual HOBBES «toma los movimientos de la ley natural —por lo que, con razón, los iusnaturalistas lo consideraban uno de ellos— y llega a una sólida concepción positiva del Estado —por lo que, con igual razón, los iuspositivistas se lo apropian—, así que es iusnaturalista "de hecho" e iuspositivista "de Derecho"» (N. BOBBIO, *Ley natural y ley civil en la filosofía política de Hobbes,* 1954, trad. cast., de M. ESCRIVÁ DE ROMANI, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 15 y ss.). En efecto, en la época de HOBBES, la máxima iuspositivista que opuso a sir Edward COKE (*auctoritas non veritas facit legem*) expresaba, con aparente paradoja, una instancia axiológica y política, por así decir iusnaturalista,

cambio, entendemos por «ideas» a las ideas de la teoría del Derecho, debemos admitir que entre ellas y el Derecho existente hay, y debe haber, la necesaria conexión en virtud de la cual: *a)* una determinada teoría es tal respecto a su objeto, y es tanto más válida, cuando está dotada de un mayor alcance empírico respecto a dicho objeto, e, inversamente, *b)* un determinado objeto requiere una teoría adecuada capaz de explicar sus rasgos distintivos. Por ello, me parece lícito hablar, sin ninguna posibilidad de equívoco, de «constitucionalismo» o de «constitucionalismo jurídico» —y de sus distintas concepciones como «constitucionalismo garantista» o como «constitucionalismo principalista» o «no positivista»— para designar, además de la teoría del constitucionalismo rígido, también aquella específica experiencia, modelo o estructura institucional que es su objeto, caracterizada por la sujeción, incluso de la producción legislativa, a los límites y a los vínculos sustanciales impuestos por las normas constitucionales como condiciones de su validez.

La segunda observación crítica de COMANDUCCI se refiere a mi propuesta de reservar la expresión «constitucionalismo» (y sus distintas interpretaciones, sea iuspositivista o garantista, como la principalista o no positivista) únicamente a su «noción jurídica», es decir, sólo a los modelos institucionales y a las relativas teorías como han sido precedentemente caracterizados sin indicar, sin embargo, cómo deberíamos denominar al constitucionalismo político (Co., 97), es decir, a la ideología liberal de los límites al poder. No me parece un problema: para evitar confusiones, denominaremos «constitucionalismo político» al político y «constitucionalismo jurídico» al jurídico todas las veces que nos refiramos a ellos en los mismos contextos; mientras, omitiremos como pleonasmos los dos adjetivos todas las veces que hablemos del constitucionalismo en el ámbito únicamente de la filosofía política o en el ámbito únicamente de la filosofía del Derecho. En todo caso, en mi opinión, lo que es esencial es no confundir con nuestro lenguaje la ideología de los límites al poder político que recorre toda la historia del Derecho y del pensamiento jurídico y político, con aquel específico modelo institucional (y con las relativas teorías) caracterizado por la positivización de tales límites en las normas jurídicas de rango constitucional: entonces, como límites ya no sólo políticos o externos, sino también jurídicos e internos al propio Derecho.

Pero es precisamente en este punto donde se manifiesta el verdadero disenso de COMANDUCCI, del cual ya tuvimos ocasión de discutir [4] y que expresa con su tercera y cuarta observación crítica. La terminología que he propuesto supone la tesis —rechazada por COMANDUCCI de acuerdo con su convicción paleo-positivista de la sustancial continuidad entre el Estado legislativo y el Estado constitucional— que el constitucionalismo rígido constituye un cambio de paradigma en la estructura normativa del Derecho, propia del viejo Estado legislativo de Derecho. COMANDUCCI sostiene, en cambio, que el control, incluso sustancial, de la producción jurídica no es un rasgo específico del Estado constitucional de Derecho pues también se verifica

---

donde la tesis iusnaturalista opuesta (*veritas non auctoritas facit legem*) sostenida por el jurista sir Edward COKE, que repetía la antigua máxima ciceroniana *«lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens contraria»* era, respecto al Derecho de la época, una tesis de teoría del Derecho (T. HOBBES, *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del Derecho común de Inglaterra,* 1665, trad. cast., de M. A. RODILLA, Madrid, Tecnos, 1992).

[4] P. COMANDUCCI, «Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2003, 317-329; L. FERRAJOLI, *La pragmatica della teoria del diritto*, *ibid*., 351-375.

en el viejo modelo paleo-positivista del Estado legislativo de Derecho; y que, de otro lado, aquello que el constitucionalismo político y el (neo)constitucionalismo contemporáneo tienen en común es «la idea del Derecho como límite del poder: los dos tipos de constitucionalismo», afirma, «la declinan en modo diferente, pero se trata de un rasgo distintivo común, de corte liberal y anti-mayoritario», así que enfatizar la continuidad con el uso de «neo-» en lugar de «ius-»(constitucionalismo) es sólo una «cuestión de matices» (Co., 98). No estoy de acuerdo con ninguna de estas dos tesis continuistas: ni con la tesis de la continuidad sobre el plano de las instituciones entre el Estado legislativo y el Estado constitucional de Derecho, ni con la tesis de la continuidad sobre el plano de las ideas entre el constitucionalismo político y el constitucionalismo jurídico.

Comencemos por esta segunda tesis. La diferencia entre las dos ideas de constitucionalismo no es, en efecto, una «cuestión de matices». En el constitucionalismo político la idea de los límites del poder es solamente un ideal, una aspiración, un proyecto político de hecho realizado en países de sólidas tradiciones liberales como Inglaterra pero ciertamente no traducido en garantías jurídicas por ausencia de constituciones rígidas que las aseguren. En el constitucionalismo jurídico, en cambio, este ideal ha sido traducido en precisas garantías constitucionales —la previsión de procedimientos agravados para la revisión de la constitución y el control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad de las leyes— que han transformado tales límites y vínculos políticos en normas de Derecho positivo. De ahí la normatividad de la constitución respecto a la legislación, que la teoría no puede ignorar y que yo expreso, no afirmando, como dice COMANDUCCI, que la teoría es «normativa», sino que lo son las normas constitucionales. De ahí el carácter de principios teóricos *iuris tantum* de las tesis deónticas de la coherencia y de la plenitud sugeridas por mis dos hexágonos deónticos (por ejemplo, la contradicción entre permitido y prohibido y la implicación entre la expectativa positiva y la correspondiente obligación), que reflejan la normatividad de los principios *iuris et in iure* positivamente dictados en las constituciones. De ahí, no siendo la coherencia lógica un rasgo del Derecho positivo, que es un sistema nomodinámico en el cual las normas existen sólo porque puestas, pero teniendo que serlo en la teoría, tanto más si axiomatizada, la explicación de las posibles violaciones de tales principios como «Derecho ilegítimo», concretamente, como antinomias por comisión y como lagunas por omisión, no solubles por el intérprete sino sólo a través de la anulación de las primeras y la integración de las segundas. De ello se sigue, no ya que la teoría es normativa (que es, a lo más, una tesis elíptica), sino que ella sugiere y solicita a la dogmática jurídica —que muchas veces he distinguido netamente de la teoría [5], contrariamente a cuanto sostiene COMANDUCCI sobre la base del simple hecho que uso la palabra «ciencia jurídica» para designar el conjunto de una y otra (Co., 100)— la crítica tanto de las antinomias como de las lagunas para su superación en vía judicial o legislativa.

---

[5] Remito a *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, vol. 3, 2007, trad. cast. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN MOHINO, M. GASCÓN ABELLÁN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, Madrid, Trotta, 2011, Introducción (de aquí en adelante, *PrinI* y *PrinII*, cuyas tesis serán referidas con el número de la definición o del teorema). Cfr., también, «*Principia iuris.* Una discusión teórica», en *Doxa,* núm. 31, 2008, § 1.2, 398-402; «Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto», en P. DI LUCIA (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni universitarie di Lettere Economia Diritto (Led), 2011, §§ 1.3-1.5, 19 y ss.

Pero tampoco hay continuidad, como afirma la primera de las mencionadas tesis continuistas, entre el Estado legislativo y el Estado constitucional de Derecho. Ciertamente, observa COMANDUCCI retomando nuestra vieja discrepancia, los desniveles normativos se remontan también al Estado legislativo de Derecho: entre la ley, de un lado, y los reglamentos, los negocios jurídicos, las sentencias y los actos administrativos, de otro (Co., 99-100) [6]. Es lo que también recuerda F. LAPORTA, quien, por ello, declara no comprender la novedad representada por la divergencia entre validez y vigor de las leyes generada por el constitucionalismo rígido (Lap., 170-171). Y es lo que también nota L. HIERRO, quien renueva la crítica según la cual la distinción entre validez y existencia ya estaría presente en el viejo Estado legislativo de Derecho, por lo que su falta de teorización no estaría relacionada con la estructura del Derecho en los ordenamientos carentes de una constitución rígida sino que, desde entonces, habría sido siempre un error de la teoría iuspositivista (Hi., 155-156). La única innovación sería de tipo cuantitativo: residiría en el hecho que la distinción y la consiguiente virtual invalidez se extiende ahora a las leyes.

A mi parecer, es precisamente aquí donde se revela la incomprensión paleo-iuspositivista y el equívoco neoiusnaturalista del cambio del paradigma, no cuantitativo sino cualitativo, generado por el constitucionalismo rígido respecto al viejo paradigma iuspositivista. En efecto, hay cuatro diferencias estructurales fundamentales entre la ley y todos los otros actos prescriptivos que se reflejan en un cambio de estructura de todo el sistema jurídico: las dos primeras relativas a lo que la ley regula, las otras dos relativas a las normas que regulan a la ley.

La primera diferencia se manifiesta en el *objeto regulado por las normas legales*. Solamente las normas legales están destinadas a ser ulteriormente aplicadas en la producción de otros actos lingüísticos preceptivos, sean privados, administrativos o judiciales. Sólo ellas consisten en normas para la producción de tales actos: concretamente, en normas formales sobre su formación, como son todas las normas procedimentales, o en normas sustanciales sobre su contenido, como son, por ejemplo, las normas de Derecho penal sustancial sobre la producción de las sentencias penales. Solamente las leyes vinculan a los operadores jurídicos a la conformidad y a la coherencia de los actos prescriptivos producidos a partir de ellas con las formas y con los significados estable-

[6] Sobre esta cuestión —si el constitucionalismo rígido ha implicado o no un cambio de la estructura del Derecho— se ha desarrollado un extenso debate. Me limito a recordar, más allá de los trabajos citados en la nota precedente, las críticas de R. GUASTINI, «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamento juridico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2005, 245-249, y de J. A. CRUZ PARCERO, *Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos*, *ibid*., §§ 2-8, 322-328, y mis respuestas en *Garantismo. Una discusión sobre el Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, §§ 3.5 y 4.2-4.4, 54-58 y 69-81; las críticas de J. J. MORESO, «Sobre "La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos" de Luigi Ferrajoli», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, §§ 2 y 3, 119-127, y mi respuesta, *Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso*, *ibid*., §§ 5 y 6, 207-216. *Vid.* también *PrinI*, §§ 12.13-12.14, 857-867 y la nota 41 en 902-903; *PrinII*, §§ 13.6-13.8, 31-46 y § 15.1, 298-303; Principia iuris*. Una discusión teórica*, cit., § 2.2, 410-413, en respuesta a las críticas de J. J. MORESO, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa,* núm. 31, 2008, Madrid, 2009, § 2, 281-283; «Intorno a *Principia iuris.* Questioni epistemologiche e questioni teoriche», en P. DI LUCIA, *Assiomatica del normativo,* cit., § 14.2.5, 272-276, en respuesta a las nuevas críticas de R. GUASTINI, *Garantismo e dottrina pura a confronto*, *ibid*., § 7.5, 123-124, y de C. LUZZATI, *I* Principia iuris *di Luigi Ferrajoli, tra logica e ideologia*, *ibid*., 130 y ss.

cidos por las propias leyes. El juez está subordinado únicamente a las leyes y no a los demás actos preceptivos. En suma, solamente las leyes modifican la lengua jurídica, imponiendo al lenguaje jurídico, sea las reglas sintácticas de formación de los actos lingüísticos como las reglas semánticas de uso de los supuestos de hecho de las normas. Al contrario, en contraste con las leyes, todos los demás actos formales de los cuales ha sido siempre predicable una posible invalidez, sea formal como sustancial, no son actos de lengua sino actos del lenguaje. No están destinados a ulteriores aplicaciones jurisdiccionales: no lo son por su naturaleza todos los demás actos singulares, es decir, no consisten en normas sobre la producción de otros actos como los negocios jurídicos, los actos administrativos y judiciales. Pero no lo son siquiera los reglamentos, que además de tratar raramente sobre la producción de otros actos formales, de ser inválidos, están destinados no ya a ser aplicados sino inaplicados.

Se sigue de ello una segunda y decisiva diferencia en el objeto regulado, que es un corolario de la primera: la invalidez formal o sustancial de todos los actos preceptivos no consistentes en leyes está destinada a ser saneada en garantía de la certeza del Derecho, siempre que se objete y compruebe con éxito en los plazos legales. Por ejemplo, el art. 1.442 del Código Civil italiano establece que la acción de nulidad del contrato por incapacidad de las partes o vicios del consentimiento prescribe a los cinco años. Incluso, dice el mismo artículo, la nulidad no impide la usucapión. La invalidez de los actos administrativos es igualmente saneable por convalidación o por aceptación de la parte interesada en hacerla valer en determinados plazos. Y, obviamente, lo es también la invalidez de las sentencias, destinadas todas a pasar en autoridad de cosa juzgada. Consecuentemente, para todos estos actos aparece largamente atendible (a pesar de que, para ellas, como ha observado acertadamente HIERRO, siempre ha sido errónea) la equivalencia entre existencia y validez: porque tales actos se vuelven en todo caso válidos si no son anulados en los plazos previstos. Por el contrario, la invalidez de las leyes no es saneable sino a través de su anulación jurisdiccional. En efecto, el rechazo de la excepción de inconstitucionalidad de una determinada norma legal por parte de una corte constitucional no impide un sucesivo pronunciamiento de inconstitucionalidad. En otras palabras, una ley inválida no puede válidamente sobrevivir como tal en el ordenamiento sino que siempre está destinada a la anulación.

Hay una tercera diferencia entre la ley y todos los demás actos formales, relativa a las *normas que regulan a la ley*, es decir, a las normas constitucionales sobre la producción legislativa dotadas de un grado más o menos elevado de rigidez [7]. Quien ha expresado de la manera más lúcida esta diferencia y el consiguiente cambio de paradigma que ha generado ha sido M.ª C. REDONDO. En el Estado legislativo de Derecho, ha observado REDONDO, existía una autoridad ilimitada: la autoridad de la ley en cuya producción, no sujeta a límites y a vínculos, se manifestaba el último residuo del gobierno de las personas. La constitución ha sometido también al Derecho a esta

[7] Podría tratarse de rigidez absoluta o de rigidez relativa, tanto una como otra extendida a toda la constitución o a sus normas individuales. A mi parecer, un constitucionalismo democrático rígido debería sustraer de la revisión al conjunto de las condiciones de la democracia estipuladas en la definición D12.22: la representatividad política de las funciones del gobierno, la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía, y los derechos fundamentales establecidos como vitales en las constituciones, de los cuales debería admitirse la expansión mas no la supresión o la restricción. Una rigidez absoluta similar está establecida en el art. 288 de la Constitución portuguesa y en el art. 60 de la Constitución brasileña.

última autoridad ilimitada, estipulando lo que he denominado la «esfera de lo indecidible» y, por ello, suprimiendo la soberanía como *potestas legibus soluta*. Por tanto, la diferencia del viejo modelo paleo-iuspositivista no está ligada solamente a la específica ubicación jerárquica de la constitución. No consiste solamente en un ulterior peldaño o en un eslabón más en la cadena de los desniveles normativos (Re., 247). Ella consiste, más bien, escribe claramente REDONDO, en la estipulación del carácter limitado de cualquier poder o fuente normativa (Re., 250-252). En efecto, en la democracia constitucional, el acto constituyente es el pacto de convivencia con el que se estipulan claramente los límites y los vínculos a la autoridad; con el que se constituye la autoridad como «autoridad limitada»; con el que los individuos estipulan la esfera de aquello que ninguna autoridad puede decidir o no decidir; en suma, como dice acertadamente REDONDO, con el que se pacta el propio paradigma constitucional. Por esto, el poder constituyente se agota, como poder informal e ilimitado, en su ejercicio: porque en la democracia constitucional su ejercicio genera el pacto sobre los límites de cualquier autoridad constituida por él y, por tanto, sometida a él. Por ello, su efectividad coincide con la condición social de su legitimidad, consistiendo, escribe REDONDO, en la «efectiva aceptación de la idea del gobierno de la ley sobre la voluntad de los hombres en sustitución de la vieja idea de la autoridad ilimitada» (Re., 250). Por lo demás, no existe el poder constituyente si permanece ineficaz (T12.14-T12.17). Por ello, añade REDONDO, existen países como Gran Bretaña en los que el paradigma está pactado aunque no formalizado, y países en los que no se ha pactado aunque sí formalizado, como son aquellos dotados de constituciones flexibles (Re., 252).

Se sigue de ello una cuarta diferencia relativa también a las normas constitucionales que regulan a las leyes: la explícita enunciación por parte de tales normas de los fundamentos axiológicos del Estado constitucional de Derecho. En la tradición paleopositivista se forzó a ver en el origen y en la base del ordenamiento un fundamento no positivo identificado, a su vez, en el imaginario político del Estado liberal [8], con una entidad metafísica como la nación, el cuerpo social, el pueblo, la voluntad general o el espíritu del pueblo, o bien con valores morales o leyes naturales como en las doctrinas iusnaturalistas, o también incluso en un iuspositivista como KELSEN, con la norma fundamental, que ciertamente no es una norma positiva, dado que no ha sido puesta por ninguna autoridad y, sin embargo, existe porque es supuesta. El constitucionalismo rígido elimina todos estos oscuros trasfondos ideológicos. Gracias a su rigidez, las constituciones democráticas positivizan explícitamente los fundamentos al mismo tiempo positivos y axiológicos del ordenamiento, identificándolos con el pacto constitucional y, en particular, con las normas de reconocimiento y con las garantías de los derechos fundamentales estipuladas en ellas. También bajo este aspecto el constitucionalismo rígido ha completado el paradigma del positivismo jurídico. A diferencia que en el Estado legislativo, el fundamento del Estado constitucional se identifica ahora con un fundamento explícitamente iuspositivista: el acto constituyente consistente en un acto empírico e históricamente determinado, así como son empírica e históricamente determinados el poder constituyente del cual es su ejercicio y los sujetos constituyentes

[8] Sobre este imaginario, *vid.* los ensayos de P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986; M. FIORAVANTI, «Stato: *b)* Storia», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 708-758.

que lo producen. En efecto, la novedad del constitucionalismo no consiste, como me hacen decir LAPORTA y HIERRO (Lap., 172; Hi., 155), en haber introducido el «deber ser jurídico», que obviamente es común a todos los ordenamientos respecto a los comportamientos que regula, inclusive los actos a su vez prescriptivos. Ésta consiste, más bien, en haber pactado y transparentado el fundamento positivo del ordenamiento a través de la regulación, reitero, de la propia producción legislativa sometida a la regulación de lo «indecidible»: de aquello que ningún poder representativo puede decidir y de aquello que cualquier mayoría de representantes debe decidir. Es éste el cambio de paradigma. Los viejos desniveles presentes en el Estado legislativo de Derecho no concernían a la legalidad, no incidían sobre el poder político, no generaban límites y vínculos a la legislación y, por ello, a la omnipotencia de las mayorías. Prueba de ello es que los desniveles y los vicios resultantes, referidos a los actos subordinados a las leyes y a los actos no destinados, como las leyes, a ser aplicadas por los jueces y a entrar a formar parte del universo normativo que constituye el objeto de las disciplinas jurídicas, son plenamente compatibles con la omnipotencia del legislador y no por casualidad han sido siempre ignorados por el constitucionalismo político.

Finalmente, señalo una paradoja. Justamente la tesis de COMANDUCCI acerca de una sustancial continuidad entre el constitucionalismo político y el constitucionalismo jurídico, y su indisponibilidad a admitir que el segundo haya determinado —sobre el plano estructural, independientemente de los «contenidos específicos» de las constituciones democráticas— un cambio de paradigma —en particular, que ha completado el positivismo jurídico—, lo lleva a asimilar mis tesis a las del constitucionalismo principialista con las cuales no ve ninguna diferencia, estando vinculadas, a su parecer, por la adhesión moral a los «*específicos* contenidos» concretamente democráticos de las constituciones actuales. «La normatividad de la teoría garantista», escribe, «sería más bien de corte político-moral que metodológico» (Co., 100).

Tengo la impresión que esta interpretación debe ser rechazada. Es precisamente el paleo-positivismo de COMANDUCCI el que converge con el neo-iusnaturalismo de los neoconstitucionalistas o de los no positivistas en la caracterización del constitucionalismo, sea éste principialista o garantista, sobre la base de la conexión entre Derecho y moral [9]. Por el contrario, lo que COMANDUCCI denomina la «normatividad de la teoría garantista», es decir, de la teoría del Derecho que he desarrollado, además de ser una normatividad sólo en el sentido elíptico antes explicado, no puede tener ningún «carácter político-moral» debido a su carácter puramente formal que he subrayado repetidamente y que se extiende a todos sus conceptos, inclusive a los de «derechos fundamentales», «norma», «validez», «constitución» y «paradigma constitucional».

En este mismo equívoco ha caído LAPORTA en relación con mi configuración del constitucionalismo garantista como un positivismo reforzado, debido a la presencia de normas constitucionales no sólo formales sino también sustanciales que regulan y positivizan no sólo el ser sino también el deber ser del Derecho. LAPORTA declara no entender «qué sea eso de "positivizar el deber ser", ni por qué no lo hacía también el Derecho del que daba cuenta el "paleopositivismo"» y «qué significa el correlativo positivizar el "ser del Derecho", que, al parecer, es lo único que hacía el paleopositivismo» (Lap., 173).

[9] P. COMANDUCCI, *Forme*, cit., 78-94.

Y, entonces, me explico. Es claro que el Derecho, cualquiera que sea, siempre regula el deber ser de los comportamientos humanos. Sin embargo, otra cosa es el deber ser, formal y sustancial, de la producción del Derecho mismo. Por tanto, decir que el Derecho en su modelo paleo-positivista positiviza el «ser» del Derecho quiere decir que en la base de tal modelo hay normas aplicables, no sólo existentes sino también válidas, todas y sólo las puestas por la autoridad habilitada para su producción. Significa, en resumen, que la regla de reconocimiento, sea de la existencia como de la validez de las normas, es concretamente su simple positividad. En cambio, decir que en su modelo constitucional el Derecho regula también el «deber ser» del Derecho, quiere decir que con base en ello, las leyes producidas *deben ser* conformes a la constitución, así que son vigentes pero inválidas, y por ello inaplicables, las normas de leyes deducidas en contraste con el deber ser así positivizado, es decir, con los límites y las prohibiciones impuestas a la legislación como condiciones de la validez de las leyes producidas y a la jurisdicción como condiciones de su aplicabilidad.

3. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONCEPTOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO. EL CARÁCTER FORMAL DE SUS DEFINICIONES TEÓRICAS

Paso así a la segunda cuestión planteada por los paleopositivistas, pero muchas veces discutida también por los neoconstitucionalistas: la del carácter formal de la teoría del Derecho, entendiendo por «formal» el hecho que la teoría elabora conceptos y enuncia sus múltiples relaciones sintácticas, pero no nos dice (ni debe decirnos) nada acerca de aquello que dicen las normas de los distintos ordenamientos, ni sobre aquello que sería justo que ellas digan, ni sobre su funcionamiento de hecho. He insistido muchas veces sobre este carácter de la teoría del Derecho [10]. Las objeciones planteadas por F. LAPORTA, J. AGUILÓ, M. ATIENZA y, en parte, por G. PINO exigen, sin embargo, volver sobre el estatuto epistemológico de la teoría y sobre las relaciones que tiene con las disciplinas jurídicas positivas de los distintos ordenamientos.

LAPORTA ilustra exactamente el método axiomático con el que he construido, en el primer y tercer volumen de *Principia iuris,* el lenguaje artificial de la teoría del Derecho: el carácter estipulativo de las asunciones primitivas y de las definiciones, la precisión y la univocidad de todos los términos definidos, la coherencia interna del discurso teórico y su falta de una relación directa con la realidad. Pero precisamente, con respecto a este último rasgo de la teoría, es decir, a su carácter formal, declara no comprender cómo es posible que el discurso teórico así construido, consistiendo en un «sistema de significados cerrado sobre sí mismo» (Lap., 169), tenga una base empírica y un valor pragmático y pueda desarrollar entonces funciones explicativas y hasta críticas respecto a la realidad del Derecho. Respondo que éste es un rasgo común a todas las teorías, incluso las teorías no formalizadas como es, por ejemplo, la teoría del Derecho de KELSEN, llamada, por tanto, «pura», o la teoría de BOBBIO, quien, con mayor precisión, la llama «formal» [11]. Al decir que las tesis teóricas no

[10] Me limito a recordar los trabajos aquí citados en la nota 5.

[11] «La teoría general del Derecho es una teoría *formal* del Derecho en el sentido que estudia el Derecho en su estructura normativa, es decir, en su forma, independientemente de los valores a los que sirve esta estruc-

tienen una relación semántica directa con la realidad sino sobre la base de lo que en la filosofía de la ciencia se denomina «interpretación semántica» o «empírica» de la teoría [12], se entiende simplemente que ellas no son tesis descriptivas, protocolarias o experimentales o fruto de aquella específica observación que es el análisis del lenguaje legal como son, en cambio, las tesis de la sociología del Derecho y las disciplinas jurídicas particulares. El método axiomático y la formalización del lenguaje —posibles y, por tanto, en mi opinión, precisos sólo por la teoría y no ciertamente por la dogmática, anclada en los usos lingüísticos del Derecho positivo— es sólo un instrumento capaz de conferir rigor semántico y sintáctico al discurso teórico. En efecto, ellos exigen: *a)* que el significado de los términos teóricos, con excepción de un número limitado de términos asumidos en los postulados, sean definidos sobre la base de reglas de formación previamente establecidas y que el significado así estipulado se mantenga siempre fiel para evitar antinomias (lo que extrañamente le parece a LAPORTA que es un defecto (Lap., 169); *b)* que todas las tesis de la teoría, con excepción de un número limitado de postulados y definiciones, se deduzcan de éstas sobre la base de reglas de transformación que también hayan sido previamente establecidas. Pero esto es lo que hace o, justamente, lo que debería hacer cualquier teoría, y que el método axiomático, con sus rígidas reglas de formación y transformación, simplemente garantiza que sea hecho. KELSEN, por ejemplo, provee una definición de la validez como existencia [13] que es seguramente el fruto de una definición estipulativa ni verdadera ni falsa. Sin embargo, no habiendo sido formalizada, dicha noción de validez ha podido ser usada por KELSEN con distintos significados, dando lugar a tesis contradictorias aún cuando sean compatibles con su noción de «existen-

---

tura y al contenido que encierra» (N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, VI). «Es inútil decir que esta idea», añade BOBBIO, «haya sido elaborada, en la forma en la que es más conocida, por KELSEN» cuya doctrina o «teoría pura» es, por ello, formal en el sentido aquí indicado. La caracterización de la teoría del Derecho como «teoría formal» es luego retomada y explicada por BOBBIO en *Studi*, cit., cap. I, § 3, 3-7; cap. II, § 2, 34-40 y cap. VII, § 1, 145-147.

[12] Sobre la interpretación empírica o semántica de las teorías, cfr. R. CARNAP, *Foundations of Logic and Mathematics*, 1939, trad. it. por G. PRETI, *Fondamenti di logica e matematica*, Torino, Paravia, 1956, § 23, 91 y ss.; *Id., The Methodological Character of Theoretical Concepts*, 1956, trad. it., «Il carattere metodologico dei concetti teorici», en *Analiticità, significanza, induzione*, en A. MEOTTI y M. MONDADORI (eds.), Bologna, Il Mulino, 1971, 263-315, donde las proposiciones interpretativas son denominadas «reglas de correspondencia»; C. G. HEMPEL, *Fundamentals of concept Formation in Empirical Science*, 1952, trad. it., *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica*, Milano, Feltrinelli, 1961, § 18, 111-115. Sobre la triple interpretación semántica de la teoría del Derecho por parte de las disciplinas jurídicas positivas, de la filosofía política normativa y de la sociología del Derecho, remito a los trabajos citados en la nota 5.

[13] «Por validez entendemos la existencia específica de las normas» (H. KELSEN, *General Theory of Law and State,* 1945, trad. cast. de E. GARCÍA MAYNEZ, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 2.ª ed., 1958, parte I, cap. I, C, *a*, 35); «La existencia de una norma jurídica es su validez» (D, *c*, 56); «con el término "validez" designamos la existencia específica de una norma» (*Id., Reine Rechtslehre*, 1960, trad. cast., de R. J. VERNENGO, *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., México, UNAM, 1983, § 4, c, 23); «Tal "validez" de una norma es su *existencia* específica, ideal. El que una norma "tenga validez" significa que existe. Una norma que no "tiene validez" no es una norma, porque no existe» (*Id., Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, trad. cast., de H. C. DELORY JACOBS revisada por J. F. ARRIOLA, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, Einaudi, 1994, cap. VIII, § 6, 45). Análogamente, BOBBIO: «El problema de la *validez* es el problema de la *existencia* de la regla en cuanto tal» (N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica,* 1958, trad. cast. de ROZO ACUÑA, *Teoría de la norma* jurídica, incluido en *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987, 24); «La pertenencia de una norma a un ordenamiento es lo que se denomina *validez* [...] una norma existe como norma jurídica, o es jurídicamente válida, en cuanto pertenece a un ordenamiento jurídico» (*Teoria dell'ordinamento giuridico,* 1960, trad. cast. de ROZO ACUÑA, *Teoría del ordenamiento jurídico* en *Id., Teoría general*, cit., 169-170).

cia»: en efecto, de una ley inconstitucional KELSEN dice a veces que es inexistente [14] y a veces que es inválida [15].

Demostraré este carácter formal de los términos teóricos tomando como ejemplos, precisamente, los conceptos de «acto constituyente», «poder constituyente» y de «paradigma constitucional», discutidos y criticados por LAPORTA. ¿Qué quiere decir, que sus definiciones, como las de todos los otros términos teóricos, son definiciones formales? Quiere decir que ellas sólo nos dicen cuáles son las relaciones sintácticas que los términos definidos mantienen con los demás términos de la teoría. Quiere decir, concretamente, que ellas nos dicen que el acto constituyente es el ejercicio de hecho —informal y desregulado, un acto «bruto» dice LAPORTA (Lap., 170)— del poder constituyente que, a su vez, es una institución originaria porque no es producida por ningún acto jurídico; que dicho acto produce como resultado una constitución, cuya normatividad u obligatoriedad consiste en el hecho que dispone o predispone figuras o situaciones jurídicas, es decir, derecho y deberes vinculantes para todos los poderes constituidos; finalmente, que el poder constituyente es tal en cuanto es efectivo, es decir, ejercitado de hecho por un sujeto constituyente mediante un acto constituyente capaz de dar vida a una constitución dotada a su vez de un cierto grado de efectividad y, por ello, idónea para fundar o refundar un ordenamiento. A LAPORTA le parece una explicación de carácter mágico recurrir a un poder, a un acto y a un sujeto originario, misterioso y omnipotente y, por ello, a una suerte de antropomorfización *ad hoc* de procesos sociales complejos que incluyen dimensiones normativas (Lap., 170). Me

---

[14] La tesis de la inexistencia de la ley inconstitucional fue sostenida en *Teoría general del Derecho*, cit., cap. XI, H, *b*, 185: «La afirmación corriente de que una ley "inconstitucional" es nula, carece de sentido, porque una ley nula no es tal ley. Una norma no válida es una norma no existente, es la nada jurídica. La expresión "ley inconstitucional", aplicada a una precepto legal que se considera válido, es una contradicción en los términos. Pues si el precepto es válido sólo puede serlo porque corresponde a la Constitución; si es contrario a ésta, no puede ser válido». Retoma luego, con acentos metafísicos, en *Teoría pura*, cit., § 35, j, a), 274: «Si hubiera algo así como un Derecho contrario a Derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico quedaría eliminada. Pues una norma "contraria a norma" es una autocontradicción; y una norma jurídica en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna. Lo que es nulo no puede ser anulado por vía del Derecho. Anular una norma quiere decir [...] poner término a la validez de esa norma mediante otra norma».

[15] La tesis de la validez de la ley inconstitucional es sostenida por KELSEN en la edición de 1934 de *La teoría pura del Derecho*, donde el fenómeno es explicado con este extravagante razonamiento: «La constitución no sólo quiere la validez de la ley constitucional, sino también —en cierto sentido— la validez de la ley "inconstitucional" [...] lo que se llama "inconstitucionalidad" de la ley no es, por tanto, una contradicción lógica en que se encuentre el contenido de una ley con el contenido de la constitución, sino una condición estatuida por la constitución para la iniciación de un procedimiento que conduce, o a la derogación de una ley —hasta entonces válida y por ende constitucional—, o al castigo de un órgano determinado» [*Reine Rechtslehre,* 1934, trad. cast. de J. G. TEJERINA, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941, 2.ª ed. castellana, 1946, § 31, *b),* 121-122]. Análogamente, en la edición de la *Reine Rechtslehre* de 1960: «La ley "inconstitucional" es hasta su derogación —sea una derogación particular, limitada a un caso concreto, o a una derogación general— una ley válida. No es nula, sino sólo anulable» (*Teoría pura,* 1960, cit., § 29, lett. *f*, 154); y «anular una norma quiere decir [...] poner término a la validez de esa norma mediante otra norma» [*ibid*., § 35, j, *a)*, 274]; «las llamada leyes "inconstitucionales" son leyes conformes a la constitución constitucionales, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial» (*ibid.*, 280). Recuérdese, además, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, 1928 [trad. cast., R. TAMAYO, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, III, 37-41] donde KELSEN sostiene la extraña tesis que la declaración de la «anulación de una norma general» consistiría en «quitarle validez», incluso, con «efectos retroactivos». Tendría, afirma en *Judicial Review of Legislation,* 1942, trad. it. en *La giustizia*, cit., 300, «la misma naturaleza que una ley derogatoria».

parece exactamente lo contrario: todo el proceso constituyente sería incomprensible y misterioso si no admitimos que la constitución ha sido escrita y producida por el acto constituyente de algún sujeto individual o colectivo, por ejemplo, por una asamblea constituyente, más allá de los procesos sociales y políticos que están tras de ella. No sólo ello. Esta es la única tesis teórica alternativa a la hipótesis, esta sí misteriosa y metafísica, de la norma fundamental de KELSEN, que no ha sido puesta por nadie y que, sin embargo, supuestamente existe, en contraste con su profesado iuspositivismo. Obviamente «poder constituyente» y «acto constituyente» son conceptos teóricos, cuyas definiciones son puramente formales porque no dicen (y no deben decir) nada sobre la variada y heterogénea fenomenología empírica de los procesos constituyentes. Podrá tratarse de un golpe de Estado subversivo con respecto a un Estado de Derecho y a un ordenamiento liberal-democrático, como fue el golpe de Franco en España o de Pinochet en Chile o de cualquier otro bandido que se adueñe del poder; o, por el contrario, de una revolución democrática con respecto a un sistema absolutista o dictatorial o fascista como sucedió en Francia con la *Déclaration* de 1789 y, luego, con las distintas constituciones revolucionarias, o bien, en Italia, en Alemania, en España y en Portugal, con la institución, al día siguiente a otras tantas liberaciones, de asambleas constituyentes que han promulgado las respectivas constituciones o como esperamos que suceda mañana en Túnez, en Egipto y en Libia; o, finalmente, podría tratarse del derrocamiento de un régimen autocrático por parte de una revolución que lo ha sustituido por otro sistema autoritario, como ha sucedido con la revolución soviética. En todos los casos se trata de una ruptura institucional: del acto de instauración del ordenamiento, que obviamente no es un acto jurídico formal del que pueda predicarse la validez o invalidez sobre la base del ordenamiento que derroca, pero que se legitima por su misma efectividad. Es este el significado de la fórmula *ex facto oritur ius*: la Asamblea constituyente italiana fue legitimada por la lucha de Liberación del fascismo y no por el decreto de lugartenencia que convocó a su elección, como la Asamblea Nacional que aprobó la *Déclaration* de 1789 no debió su legitimidad a la convocatoria a los Estados generales por parte de Luis XVI.

Esta singular incomprensión de mi tesis del carácter puramente formal de la teoría del Derecho y de todos los conceptos teóricos —incluidos, por tanto, los conceptos de «constitución» y de «constitucionalismo»— es, sin embargo, común también en otras intervenciones. Ciertamente, como ha observado L. PRIETO, en el lenguaje corriente, con «constitucionalismo» —o, si se prefiere, con «neoconstitucionalismo» o con «constitucionalismo jurídico»— se entiende no ya la existencia de una *lex superior* cualquiera sino lo que ha denominado la «rematerialización constitucional» (Pr., 231) generada por normas superiores de carácter sustancial que imponen límites y vínculos de contenido consistentes en principios de justicia y en derechos fundamentales como condiciones de validez de las leyes. Estoy de acuerdo, pero sólo si con «constitucionalismo» entendemos, y como de hecho se entiende y se sobreentiende a menudo, el *constitucionalismo democrático*. En este sentido, como recuerda PRIETO, también he identificado —en *Principia iuris*, en muchos otros escritos, y también en el § 3 del ensayo que estamos discutiendo— el rasgo distintivo de la democracia sustancial en los límites y en los vínculos sustanciales consistentes en los derechos fundamentales establecidos por las constituciones rígidas. Sin embargo, en rigor, el paradigma teórico del constitucionalismo es, de por sí, un paradigma formal cuya definición, como demos-

traré mejor en el siguiente parágrafo, no nos dice nada sobre los contenidos, es decir, sobre cuál «deber ser» positiviza mediante su producción legislativa; del mismo modo como es un paradigma formal el positivismo jurídico que igualmente no nos dice nada sobre el «ser» del Derecho positivo, sino sólo sobre el hecho que tal «ser» depende de las formas positivas de su producción [16].

La misma incomprensión del carácter sólo formal de la teoría ha llevado a G. PINO a ver en la relación isomórfica de su sintaxis con las estructuras de la democracia constitucional, un nexo «ideológico» que tendría con la filosofía política, al punto de adscribirla al «neoconstitucionalismo ideológico» (Pi., 209-210). El nexo, en cambio, es simplemente el consistente en la interpretación empírica ofrecida por la teoría política de la democracia como, por otro lado, por las disciplinas jurídicas positivas y por la sociología del Derecho, al aparato conceptual elaborado por la teoría, la cual, evidentemente, es una teoría formal, mucho más válida cuanto más idónea para dar cuenta del Derecho positivo: de las democracias constitucionales pero también del Estado legislativo de Derecho, del Derecho moderno como del Derecho premoderno y de los Derechos primitivos. Justamente, la primera parte de la teoría desarrollada en *Principia iuris* vale para cualquier experiencia jurídica, más bien, para cualquier sistema deóntico; la segunda parte vale para el Derecho moderno; la tercera parte para el Estado de Derecho; en particular, los capítulos IX y X, reflejan la estructura del Estado legislativo, mientras los capítulos XI y XII reflejan la del Estado constitucional de Derecho. En efecto, la teoría amplía progresivamente la intensión y reduce la extensión de su campo de investigación: sus conceptos más elementales son también los más generales y valen para todos los sistemas normativos, mientras sus conceptos más complejos, como «derechos fundamentales», «separación de los poderes» y «constitución» son interpretables empíricamente solamente por las experiencias más avanzadas.

Entonces, a mi parecer, según las enseñanzas de KELSEN y BOBBIO, la teoría del Derecho es una teoría formal que no nos dice, ni debe decirnos, cuáles son o cuáles es justo que sean, o cómo de hecho funcionan las normas y las instituciones de los ordenamientos concretos. De otro lado, si no fuese una teoría formal, no habría sido posible desarrollarla en la forma de una teoría formalizada e, incluso, axiomatizada como lo he hecho en el primer volumen de *Principia iuris* que, por lo demás, como en cualquier otra teoría del Derecho, no nos dice nada sobre el contenido normativo de los ordenamientos concretos, ni sobre los criterios con base en los cuales los valoramos como justos o injustos ni sobre su funcionamiento de hecho. La teoría se limita a elaborar conceptos y a desarrollar las estructuras sintácticas de los sistemas normativos. Y esto vale también para conceptos a menudo connotados en sentido axiológico, como los conceptos de derechos fundamentales de los que la teoría define la estructura sin decirnos ni cuáles son ni cuáles es justo que sean, ni cómo de hecho son garantizados o vulnerados. Por esto rechazo la connotación axiológica de tales derechos sugerida,

[16] «La positividad no es, en sí misma, un valor», escribe BOBBIO, dado que la expresión «Derecho positivo», por lo demás, al igual que la «antitética» expresión Derecho natural, «es completamente muda respecto al contenido de las prescripciones» positivizadas y designa «más bien, como la naturaleza, un posible fundamento para la asunción e imposición de cualquier valor», sea este democrático o antidemocrático, liberal o no liberal, social o antisocial (N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965, Roma-Bari, Laterza, 2011, cap. VIII, § 3, 159).

por ejemplo, por T. MAZZARESE [17] y retomada en nuestra discusión por M. ATIENZA (At., 81). Obviamente, todos nosotros estamos de acuerdo sobre el valor ético-político del principio de igualdad, de las libertades fundamentales y de los derechos sociales. Pero este valor moral no puede formar parte de la definición del concepto teórico-jurídico de «derechos fundamentales». Ni mucho menos es reconducible a alguna forma de «objetivismo ético» por absoluto o moderado que sea. Ciertamente, un conservador estadounidense no concibe como un «valor» el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita, y un católico integrista no considera un «valor» el principio de la autodeterminación sobre cuestiones vitales y, por ello, el derecho a rechazar tratamientos sanitarios coercitivos. ¿Diremos que tales derechos, incluso constitucionalmente establecidos, no son fundamentales porque no forman parte y son, más bien, contrarios a los valores del conservador estadounidense o del católico integrista, a lo mejor asumidos por ellos como «objetivos»? Por el contrario, tomemos el derecho de tener y portar armas establecido en la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, ¿diremos, quizás, que no es un derecho fundamental sólo porque consideramos que provoca crímenes, signo de un incompleto traspaso del estado de naturaleza a la sociedad civil y al monopolio estatal de la fuerza? O, más bien, ¿no deberíamos decir que es un derecho fundamental al que le atribuimos no un valor sino un disvalor y que la norma que lo establece es, por las razones antedichas, una norma injusta? Pero esta es una tesis de filosofía política, ni verdadera ni falsa, tanto que es negada por quienes, en cambio, defienden dicha enmienda como expresión de un valor irrenunciable; así como son tesis de filosofía moral o política las tesis, igualmente asumidas como «objetivas» por sus adherentes, sobre el valor o disvalor del derecho a la asistencia sanitaria o a la autodeterminación sobre cuestiones vitales. Confundir la teoría del Derecho con la dogmática jurídica o con la filosofía política no favorece a ninguna de estas distintas aproximaciones disciplinarias y es, más bien, fuente de inevitables falacias.

Es aquí, en el nivel metateórico, donde radican mis discrepancias teóricas con ATIENZA. En la base de estos disensos, me parece, existe un distinto modo de concebir la ciencia jurídica: no sólo la teoría del Derecho sino, más en general, todo el mapa del saber jurídico y, por ello, también la ciencia jurídica positiva, la filosofía del Derecho y la sociología del Derecho. ATIENZA me atribuye una visión simplificada del Derecho y de los fenómenos jurídicos, por tener amputada su innegable dimensión axiológica (At., 85). A su vez, yo le imputo una concepción simplificada del saber jurídico fruto, me parece, de una engañosa confusión entre los distintos niveles del discurso y entre las distintas aproximaciones disciplinarias: la aproximación teórica, la aproximación predominantemente normativista de las disciplinas jurídicas positivas, la predominantemente realista de la sociología del Derecho y la predominantemente axiológica o ético-política de la filosofía del Derecho. Digo «predominantemente» dado que ni las disciplinas jurídicas pueden ignorar los hechos, ni la sociología del Derecho puede ignorar las normas, ni la filosofía de la justicia puede ignorar el Derecho positivo. La diferencia entre las distintas aproximaciones consiste en los distintos puntos de vista desde los cuales se ve el Derecho: las disciplinas jurídicas positivas ven al Derecho

[17] T. MAZZARESE, «Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"», en *Ragion pratica,* núm. 35, 2010, § 5, donde se habla de la «íntima» o «intrínseca conexión axiológica» que «tiene la noción de derechos fundamentales [...] y que no puede no tener».

desde el punto de vista de las normas —se preguntan ¿cuáles son y qué cosa dicen las normas del ordenamiento estudiado?— y, procediendo desde las normas, valoran los hechos, o mejor, la validez y la invalidez de los actos; la sociología del Derecho ve al Derecho desde el punto de vista de los hechos —se pregunta ¿cómo funciona de hecho un determinado ordenamiento?— y, procediendo desde los hechos, valora la eficacia y la ineficacia de las normas; la filosofía política o de la justicia ve al Derecho desde el punto de vista de la justicia —se pregunta, ¿cuáles son los principios y los criterios de legitimación con base en los cuales decimos si una norma es justa o injusta?— y, procediendo sea desde las normas como desde su funcionamiento de hecho, valora de las unas y del otro, la justicia o injusticia. Luego, es evidente que, en concreto, las distintas aproximaciones disciplinarias pueden también remontarse al interior de los propios discursos, sean estos jurídicos, sociológicos o filosófico-políticos. Pero es esencial el conocimiento epistemológico y metodológico de los distintos estatutos disciplinarios. En efecto, sólo este conocimiento sirve para impedir, como he sostenido muchas veces, las distintas falacias ideológicas generadas por su confusión.

Probablemente las incomprensiones del carácter formal de conceptos como «constitución», «derechos fundamentales», «separación de poderes», «representación política» y similares estén determinadas por el hecho que en nuestras disciplinas estos conceptos no son tratados ni definidos por la teoría del Derecho sino sólo por la doctrina constitucional o de filosofía política. En efecto, extrañamente, tales conceptos nunca son considerados como pertenecientes a la teoría del Derecho, al igual, por ejemplo, que «norma jurídica» o «Derecho subjetivo», sino sólo como conceptos de la filosofía política más allá, obviamente, de que las disciplinas jurídicas positivas no puedan ignorar la enunciación de las normas constitucionales. Quizás permanezcan extrañas al léxico teórico porque sólo con las constituciones los principios que los enuncian han ingresado en el universo del Derecho positivo. Los propios teóricos del Derecho, desde KELSEN hasta BOBBIO, cuando hablan de la constitución o de los derechos fundamentales, generalmente hablan de ellos sobre el plano de la filosofía política y no de la teoría del Derecho. *L'età dei diritti* de BOBBIO, por ejemplo, es un ensayo de filosofía política y no de teoría del Derecho. En cuanto a KELSEN, cuando habla de tales derechos en el ámbito de la teoría del Derecho hace referencia a sus contenidos, desde los derechos políticos al voto hasta las libertades fundamentales, llegando incluso a negar que se traten propiamente de «derechos subjetivos» [18].

Así se explica el por qué la teoría del Derecho nunca ha provisto una definición formal de la noción de «derechos fundamentales» —es decir, con independencia de los contenidos que son su objeto como, en cambio, se hace, por ejemplo, con las nociones de «Derecho subjetivo», de «norma» o de «validez»— sino siempre una caracterización sustancial, referida en particular a los valores de libertad o de justicia que ellos expresan. Lo mismo se dice de las nociones de «separación de los poderes», de «representación política» o de «constitución»: «constitución», por ejemplo, es comúnmente definida, también por la teoría del Derecho, sobre la base de los contenidos —la sepa-

[18] «Los derechos políticos comprenden también los denominados derechos o libertades fundamentales [...] estas garantías establecidas en la constitución jurídica no constituyen de por sí derechos subjetivos» (H. KELSEN, *Teoría pura*, cit., 152); «en el análisis precedente de esos derechos y libertades fundamentales se mostró que ellos, de por sí, no constituyen derechos subjetivos» (*ibid.*, 306).

ración de los poderes y la garantía de los derechos fundamentales— indicados por el célebre art. 16 de la Declaración de 1789. Análogamente, como he recordado, teóricos del Derecho como M. ATIENZA o T. MAZZARESE, confundiendo la teoría del Derecho con la filosofía de la justicia, excluyen que la definición del concepto de «derecho fundamental» pueda ignorar la referencia a los valores. ATIENZA se refiere, incluso, al carácter formal de mi definición de tales derechos, como de cualquier otro concepto teórico incluido el de «constitución» y de «rigidez constitucional», como un recurso para «blindarlos», como escribe AGUILÓ (Ag., 58, nota 3), y así sustraerlos de las críticas [19]. Quizá sea justamente en esta indisponibilidad a considerar conceptos como «derechos fundamentales» y «constitución» también como conceptos de la teoría del Derecho y, como tales, susceptibles en dicho ámbito sólo de definiciones formales, en virtud del estatuto formal de la teoría —de cualquier teoría, incluso si no es formalizada— donde hunde sus raíces la tesis neoconstitucionalista de la conexión entre Derecho y moral.

4. CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA. EL IUS-POSITIVISMO CONSTITUCIONAL

Nunca habría pensado, después de haber insistido hasta el hastío sobre este carácter formal de la teoría del Derecho, que podría atribuírseme una tesis tanto ingenua como ideológicamente falaz y teóricamente insensata como aquella según la cual el iuspositivismo y el iusconstitucionalismo serían, por sí mismos, suficientes para fundamentar el Estado de Derecho o la democracia constitucional. Habría llegado, escribe AGUILÓ REGLA, a «estipular que el Estado constitucional de Derecho se identifica "sólo" por la existencia positiva de una *lex superior* a la legislación. Es decir, por un lado, se "alude" a las democracias constitucionales y, por otro, inmediatamente se "elude" la cuestión sustantiva y política» (Ag., 59). Es «discutible desde un punto de vista historiográfico», afirma G. PINO, «el nexo establecido por FERRAJOLI entre positivismo jurídico y democracia (incluso democracia en sentido formal-procedimental), ya que el positivismo jurídico se desarrolla como teoría (e ideología) del Estado de Derecho del siglo XIX, que ciertamente no se puede considerar como un modelo de Estado democrático y de democracia representativa» (Pi., 212). «No encuentro ninguna razón», declara F. LAPORTA, «para que una teoría del Derecho, como es el positivismo jurídico, se pronuncie o no se pronuncie por la democracia» (Lap., 173).

Tampoco yo. En efecto, no pienso y nunca he sostenido que el positivismo jurídico o el constitucionalismo se pronuncien a favor de la democracia ni que sean condiciones suficientes y tampoco necesarias, el uno de sus formas, el otro de sus contenidos. Es obvio, en efecto, que han existido y existen sistemas de Derecho positivo abiertamente antidemocráticos, no liberales e incluso totalitarios, como los muchos regímenes fascistas y sistemas constitucionales, a su vez antidemocráticos y no liberales como, por

[19] M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* cit., 157-158. A su vez, AGUILÓ REGLA critica mi definición formal de «derechos fundamentales» como derechos de forma lógica universal —es decir, atribuidos a «todos» los sujetos de una determinada clase, independientemente de sus contenidos o valores cuya definición es competencia de la dogmática jurídica y de la filosofía política— reconociendo en ella una «especie de "segregacionismo discursivo"».

ejemplo, el expresado por la reciente constitución húngara; y existen, por otro lado, ordenamientos democráticos como el inglés carentes de una constitución formal escrita. He sostenido, en cambio, la tesis teórica, igualmente obvia y puramente descriptiva, que la positivización de las reglas sobre las formas y sobre los contenidos *permite* la democratización sea de unas como de otras. Precisamente, la positivización de las reglas sobre las *formas* de la producción del Derecho *permite* estipular como normas del Derecho positivo las reglas sobre el sufragio universal, sobre la representatividad de las funciones de gobierno, sobre el principio de mayoría y sobre la separación de los poderes y, por tanto, garantizar las condiciones necesarias (aunque también ellas insuficientes debido a su posible y a veces frecuente ineficacia) de la dimensión formal de la democracia política. Por otro lado, la positivización de las reglas sobre los *contenidos* de la producción normativa *permite* estipular como normas positivas de rango constitucional, principios y derechos fundamentales que imponen límites y vínculos sustanciales a la actividad legislativa y de gobierno y, por tanto, garantizar las condiciones necesarias (aunque, de nuevo, insuficientes debido a su posible y a veces frecuente ineficacia) de la dimensión sustancial de la democracia constitucional. En suma, la positivización de las normas sobre la producción jurídica es la técnica que hace posible fijar normativamente las formas (es decir el «quién» y el «cómo») y, por tanto, las condiciones de *validez formal*, a los principios de la representatividad política, y los contenidos (es decir «el qué cosa») y, por tanto, las condiciones de la *validez sustancial*, a los principios de justicia y a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

Es entonces claro, como afirma PINO, que «si adoptamos el punto de vista del positivismo metodológico», «el carácter democrático representativo de los procedimientos que se siguen para producir el Derecho no juega de forma directa ningún rol: las herramientas conceptuales de KELSEN, por ejemplo (quien fue incluso un ferviente demócrata), no requieren de ningún modo que la delegación de la autoridad normativa (el carácter nomodinámico del Derecho) se otorgue a órganos representativos —y en esto está precisamente la "pureza" de la teoría kelseniana» (Pi., 212), es decir, el carácter formal, antes explicado de cualquier teoría del Derecho. Pero yo no he escrito, en absoluto, que las herramientas positivistas «requieren» —como me hace decir PINO para «llevar» mis tesis «en la dirección del neoconstitucionalismo ideológico» (Pi., 211)— sino que permiten, es decir, hacen posible la positivización de reglas democráticas, formales y sustanciales, sobre la producción normativa. Es igualmente evidente, como escribe polémicamente AGUILÓ, que «del mismo modo que no todo Estado que tiene legislación es un Estado legal de Derecho, no todo Estado que tiene una constitución rígida y normativa (la *lex superior* de la que habla FERRAJOLI) es un Estado constitucional. Por sí misma la *lex superior* identifica tan poco al Estado constitucional de Derecho como la *lex posterior* al Estado legal (o legislativo) de Derecho... Todos sabemos, por ejemplo, que la rigidez constitucional orientada a preservar la "verdadera religión" (es decir, a negar la libertad religiosa) es incompatible con lo que llamamos Estados constitucionales; sin embargo, lo que nos propone FERRAJOLI es que en cuanto juristas operemos como que es así. Nos propone que seamos leales al positivismo aunque para ello debamos vaciar el garantismo» (Ag., 60). Pero yo propongo exactamente lo contrario. Es obvio que el positivismo jurídico y el principio de legalidad no son, en absoluto, condiciones suficientes para que se dé el Estado de Derecho. «En el molde de

la legalidad se puede vaciar oro o plomo», ha escrito icásticamente P. CALAMANDREI [20]. Y esto vale tanto para la legalidad ordinaria como para la legalidad constitucional bien pudiendo darse, como ya he dicho, constituciones antidemocráticas.

Por tanto, para evitar equívocos similares, es útil recordar mi definición D12.22 de «constitución» formulada en *Principia iuris*. En su primera parte he definido la *noción estructural* de constitución como un conjunto de normas supraordenadas a cualquier otra (T12.89) «cualesquiera que sean sus específicos contenidos: democráticos o antidemocráticos, liberales o no liberales, sociales o antisociales» y he establecido, en su segunda parte, la noción axiológica de «constitución democrática» en una larga serie de condiciones en ausencia de las cuales una constitución no es democrática: como la representatividad política de las funciones de gobierno, la separación de éstas de las funciones de garantía, y las garantías de las distintas clases de derechos fundamentales estipulados en ella como vitales (T12.92-T12.98) [21]. Por tanto, con base en mi definición, también son constituciones las constituciones antidemocráticas, como las denominadas «leyes fundamentales» del franquismo, o bien, para mantenernos en las actuales constituciones, el texto no liberal y reaccionario que es la ya recordada constitución húngara. No sólo ello: el carácter «democrático» de la constitución de la que se habla en la segunda parte de mi definición implica, pero no está implicado por, los requisitos antes enumerados, así que ni siquiera tales requisitos o contenidos sustanciales son no sólo necesarios sino tampoco suficientes para integrar la democracia constitucional. ¡Se necesita más! A tal fin, es necesaria la eficacia de las garantías que, en todo caso, siempre es una cuestión de grado. Sin contar con que la democracia no es sólo una construcción jurídica. Es también, e incluso antes, una construcción política, social y cultural.

Hay otro malentendido en el que considero que incurre A. RUIZ MIGUEL, relativo a mi concepción del positivismo jurídico y, específicamente, de este nuevo paradigma que, a mi parecer, es el iuspositivismo constitucional. RUIZ MIGUEL considera «oscura» e incierta mi aceptación del primer significado bobbiano de positivismo metodológico como aproximación al estudio del Derecho «como es» y no también del Derecho «como debe ser» a condición de que este último se entienda sólo en el sentido de su deber ser moral y que en el «Derecho como es» se incluya también el «Derecho como debe ser jurídicamente» que, igualmente, en los actuales ordenamientos provistos de constituciones rígidas, hace parte del «Derecho como es» (RM., 282): que es, justamen-

[20] P. CALAMANDREI, «Prefacio», 1945, en C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1766, edición bilingüe al cuidado de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, Madrid, Trotta, 2011, § VIII, 65. *Vid.* también el pasaje bobbiano citado en la nota 16.

[21] *PrinI*, § 12.10, 841-846. Cfr., también, el § 12.4, 813: «Se pueden formular dos nociones distintas de "constitución": la una, *formal*, ligada a su colocación en el vértice de la *jerarquía de las normas*; la otra, *sustancial*, referida a sus *contenidos normativos* y concretamente, si se asume como condición contrafáctica su carácter "democrático", a las normas que vinculan forma y sustancia de la producción normativa respectivamente al ejercicio directo o indirecto de los derechos políticos y a la garantía de un conjunto más o menos amplio de derechos fundamentales». Sin embargo, sólo contingentemente —es decir, solamente en los sistemas que denominamos «democráticos»— las normas formales de las constituciones son de tipo democrático-representativo y las sustanciales consisten en principios y en derechos fundamentales. Existen y han existido ordenamientos dotados de normas supraordenadas a todas las demás y, sin embargo, abiertamente antidemocráticos —piénsese en las «leyes fundamentales» en la España franquista— y, por tanto, calificables como constituciones sobre la base de la noción formal pero no de la sustancial de «constitución».

te, la condición que no es satisfecha, a mi parecer, por las tesis de KELSEN y de BOBBIO quienes, incluso en presencia de constituciones rígidas, han defendido constantemente tanto la equivalencia entre validez y existencia de las normas nivelando su deber ser con su ser o viceversa, como la total avaloratividad de la ciencia jurídica, que impide los juicios de valor y, por tanto, la crítica del Derecho jurídicamente inválido[22]. En cambio, RUIZ MIGUEL sostiene, incurriendo en el mismo equívoco en el que, como ha sido visto al final del § 2, incurre LAPORTA, que «el positivismo metodológico, al menos en la caracterización de BOBBIO, incluye patentemente [...] las concepciones normativistas, como la de KELSEN o la de HART, para las que Derecho y sus normas incorporan una dimensión de deber ser (el "sollen" kelseniano o el punto de vista interno hartiano) de carácter jurídico y no moral» (RM., 282). Sin embargo, en lugar de impugnar o, en todo caso, discutir mi crítica a las tesis de KELSEN y de BOBBIO —es decir, el hecho que ellos ignoran ya no la obvia dimensión del «deber ser» de cualquier experiencia jurídica sino la distinción entre la validez y la existencia de las leyes, o sea, entre el «deber ser constitucional» y el «deber ser legislativo» del Derecho positivo que forma el rasgo específico del iuspositivismo constitucional— plantea la extraña suposición que con el «Derecho como debe ser jurídicamente» entiendo, en realidad, como los neoconstitucionalistas o los positivistas inclusivos, «el Derecho como debe ser moralmente» que de este modo formaría «parte del Derecho como es» (*ibid.*)[23]. Atribuyéndome una tesis que no comparto y de la que, más bien, sostengo su negación, RUIZ MIGUEL me reprocha una sustancial «ambigüedad» (RM., 282 y 284) dado que afirmo que en las constituciones bien pueden existir normas injustas y que el constitucionalismo garantista se caracteriza, en cualquiera de sus tres sentidos —como sistema jurídico, como teoría y como ideología—, por la separación entre Derecho y moral (RM., 283).

Existe, finalmente, una última cuestión planteada por L. PRIETO en relación con mi teoría iuspositivista de la validez y, también ella, aunque sea bajo un aspecto distinto, se conecta con la cuestión de la relación entre Derecho y moral de la que hablaré extensamente en el próximo parágrafo. PRIETO sugiere la tesis según la cual en el Estado constitucional de Derecho los requisitos formales no serían más suficientes para identificar la existencia de una norma debido a que las normas morales incorporadas en la Constitución se habrían erigido en «criterios *internos* para juzgar la pertenencia de las normas al ordenamiento» (Pr., 232). No estoy de acuerdo. Tengo la impresión

---

[22] Recuérdese los pasajes de KELSEN y de BOBBIO citados *supra* en las notas 13-15. Recuérdese, además, de N. BOBBIO, «Aspetti del positivismo giuridico», 1961, en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., cap. V, § 3, 88-89, donde el positivismo jurídico es entendido como aproximación puramente descriptiva y avalorativa al estudio del Derecho, caracterizado «por la objetividad entendida como la abstención de toda toma de posición frente a la realidad observada [...] en esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquél que asume frente al Derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables [...] y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores».

[23] En respaldo de esta hipótesis, RUIZ MIGUEL añade una tergiversación de mi tesis que en las democracias constitucionales las constituciones imponen a las «leyes de la voluntad» la «ley de la razón» positivamente estipuladas en ellas: que no quiere decir, para nada, la imposición autoritativa «que el Derecho sea conforme a *la* verdad o a *la* razón» o que «*la* razón se impone a la voluntad» (las cursivas son mías) —lo que equivaldría, como se verá en el próximo parágrafo, a la negación de la separación entre Derecho y moral y a «una clara manifestación del positivismo ideológico limitado y condicionado del que hablaba BOBBIO» (RM., 283)— sino que las normas constitucionales imponen a las autoridades normativas que el Derecho sea conforme a aquella específica razón positivizada, contingente e históricamente determinada, estipulada en ellas.

que PRIETO confunde la «pertenencia» de las normas al ordenamiento, es decir, su existencia, con su validez: «los problemas de justicia (más precisamente, de la concepción de la justicia incorporada a la Constitución)», escribe, «se han transformado en problemas de validez o identificación de las normas», donde, si entiendo bien, los problemas de «identificación de las normas» equivalen, según PRIETO, a los problemas relativos a su existencia.

Pienso, en cambio, que la existencia al igual que la inexistencia depende únicamente, incluso en el paradigma constitucional, de requisitos formales; mientras, los vicios de contenido consistentes en la lesión de los principios de justicia incorporados en las constituciones, pueden determinar la invalidez sustancial pero no ciertamente la inexistencia de una norma. En otras palabras, no es concebible ni la existencia ni la inexistencia de una norma solamente por razones de contenido: ni la ausencia de vicios de contenido es, *por sí sola* suficiente, en ausencia de requisitos de forma, para determinar la existencia de una norma jurídica, ni su presencia es, por sí sola, suficiente para determinar la inexistencia en lugar de la simple invalidez. Y esto porque la existencia es un dato empírico que concierne al acto normativo y depende, por ello, de la forma de su producción y no también de su significado, relevante en cambio sólo para su validez o para su invalidez sustancial. Esto, me parece, es el significado del principio de positividad, que desde este aspecto permanece inalterado en el paradigma constitucional.

A los fines del análisis de nuestros conceptos —inexistencia, existencia, validez e invalidez, formal y/o sustancial— puede ser útil recordar el rol que en sus definiciones en *Principia iuris* han tenido los cuantificadores de la lógica de los predicados: para que exista un acto formal (y las normas y las prescripciones que ella produce) es necesario y suficiente que esté dotado *al menos de alguna forma* normativamente prevista que lo permita reconocer como vigente, es decir, como perteneciente al ordenamiento y en ausencia de la cual no existe (D9.16, T9.20, T9.131-T9.139); de otro lado, un acto formal existente es formalmente válido si está dotado de *todas las formas* previstas por las normas formales sobre su producción (D9.18, T9.150), mientras que es formalmente inválido si falta al *menos alguna de tales formas* (D9.21, T9.175-T9.176); por otro lado, el mismo acto es sustancialmente válido si está dotado, *al menos de un significado* compatible con *todas las normas sustanciales* a las que está supraordenado (D9.19, T9.151, T9.155) mientras que es sustancialmente inválido si ninguno de los significados asociables a él es compatible con *alguna de tales normas* (D9.22, T9.177, T9.180); finalmente, el acto es válido *tout court* si lo es tanto formalmente como sustancialmente (D9.17, T9.158) e inválido *tout court* en caso contrario (D9.20, T9.181). En suma, la inexistencia sólo es posible por defecto de formas: una sentencia o una ley escrita como ejercicio didáctico, por ejemplo, no es una sentencia o una ley, al margen de lo que diga. Obviamente no es la teoría sino sólo el Derecho positivo el que puede establecer qué formas son necesarias para la existencia de un acto formal. La teoría sólo puede afirmar que para la existencia del acto es necesario al menos alguna forma conforme a las previstas por las normas sobre su producción [24].

[24] Hay un único vicio o defecto que en apariencia, pero sólo en apariencia, parece concernir no a la forma del acto sino a su contenido normativo: el defecto de competencia que padece, por ejemplo, una norma penal emanada de un consejo comunal o regional, en contraste con la reserva de ley establecida por la Constitución

Por ello, la cuestión planteada por PRIETO sobre la denominada «objetividad de los juicios morales» pierde su carácter «dramático»: «Si la determinación de qué dice el Derecho depende de qué dice la moral», afirma PRIETO, entonces, para asegurar «la objetividad de nuestros juicios acerca de la validez de las normas» y, por tanto, salvaguardar «la propia solidez de los fundamentos del Estado democrático basada en la supremacía de la mayoría encarnada por el legislador y en la separación de poderes» y «mantener tanto la (relativa) determinación del Derecho, como el sometimiento de la ley precisamente a la Constitución y no a las variables o caprichosas concepciones del bien sostenidas por los diferentes jueces», sería necesario admitir «la objetividad o algún grado de objetividad de los juicios morales» (Pr., 233): que es justamente la conclusión a la que llegan los principalistas y que, en su formulación extrema por parte de DWORKIN, se identifica con las tesis de «una solución correcta» pero que PRIETO considera válida «también desde la óptica positivista» (*ibid.*). Similar conclusión «dramática», en efecto, está sin embargo excluida a los fines de los juicios sobre la «pertenencia de las normas al ordenamiento» (Pr., 232), es decir, sobre su existencia o vigencia. Tales juicios, en efecto, a diferencia de los juicios sobre la validez o invalidez sustancial dependen íntegramente, como se ha demostrado, de juicios de hecho y de la interpretación de normas formales o procedimentales que no han tenido nada que ver con los juicios de valor ni mucho menos con alguna objetividad de la moral. Pero incluso para fundamentar y argumentar los juicios sobre la validez e invalidez sustancial no tenemos necesidad de recurrir a formas metafísicas de cognoscitivismo ético, a fin de salvaguardar el principio de legalidad y la sujeción del juez a la ley y a la constitución. Será suficiente admitir que tales juicios, aún cuando conllevan el uso de términos valorativos, son o suponen ser siempre juicios de valor más o menos opinables.

La aproximación iuspositivista a la investigación sobre las *formas* y sobre los *significados* de aquella compleja actividad lingüística que es la producción normativa requiere, en suma, que se distingan dos dimensiones del Derecho: el *Derecho vigente* y el *Derecho viviente*. La existencia y la validez (o la invalidez) formal de las normas no son sino la existencia empírica y la regularidad (o la irregularidad) formal de las *formas* de los actos que constituyen sus fuentes: de ahí la objetividad de los juicios sobre la vigencia y sobre la validez formal, asegurada por la objetividad positiva de aquello que podemos denominar el *Derecho vigente*, es decir, el conjunto de todos los enunciados jurídicos normativos, común a todos los intérpretes y a todos los operadores jurídicos, cuya existencia es independiente de cualquier juicio de valor. La validez o la invalidez sustancial, es decir, la compatibilidad o incompatibilidad de los significados de las normas legales con las normas constitucionales a las que están sometidas depende, en cambio, de la interpretación, que bien puede requerir, si los enunciados normativos son formulados en términos vagos o valorativos, de juicios de valor: de ahí lo opinable y la variedad de aquello que podemos denominar el *Derecho viviente*, es decir, el

---

en materia penal. Pero este vicio, aunque sea comprobable con referencia al contenido del acto, es decir, a la norma, no es un vicio sustancial sino un vicio formal, consistente en la violación de una norma de competencia, relativa no al «qué cosa», es decir, al significado o contenido, sino al «quién» es decir a la forma y precisamente al autor del acto normativo. Se trata de un vicio que no es distinto del que impediría reconocer la existencia jurídica de una sentencia escrita como ejercicio didáctico. En suma, en todos los actos, incluso en el paradigma constitucional, la existencia (y la inexistencia) positiva de las normas depende únicamente de la forma de sus fuentes y no también de sus contenidos o significados que condicionan solamente su validez.

conjunto de todos los significados normativos, en ocasiones asociados a los enunciados del Derecho vigente[25]. Pero este carácter opinable es el mismo que se reconoce a cualquier práctica interpretativa: no sólo al juicio sobre la validez de un acto normativo sino también al juicio sobre la ilicitud de un comportamiento no predeterminado con exactitud, por ejemplo, sobre si éste integra o no el delito de injuria, de ultraje, de maltratos o de actos obscenos o similares. En efecto, similares calificaciones suponen siempre elecciones ético-políticas: por ejemplo, ante una imputación por el delito de ultraje, sancionado por el art. 341 bis del Código Penal italiano con la reclusión hasta de tres años, un juez liberal tenderá a hacer una interpretación restrictiva, mientras un juez reaccionario tenderá a proveer una interpretación extensiva.

La alternativa a la supuesta, y a mi parecer, insostenible «objetividad» de los juicios morales implicados por los juicios de validez de las leyes respecto a los principios constitucionales no es, por tanto, como escribe PRIETO, la transformación, avalada por la idea que tales principios «no dicen nada o casi nada», de que «los llamados a aplicar tales principios se convertirán en los auténticos señores del Derecho» (Pr., 233), sino simplemente el reconocimiento que tales principios tienen a menudo un cierto grado de vaguedad e indeterminación, por lo demás, no distinto (e, incluso, inferior) al que tienen todas las otras normas jurídicas. En suma, la alternativa más lineal, más allá de ser más respetuosa con la separación de los poderes, a la imposible certeza objetiva del Derecho viviente, es el reconocimiento trivial que también en el paradigma constitucional el juez no es precisamente «boca» de la ley o de la constitución, y que el carácter aunque solo tendencialmente cognoscitivo de la constitución depende, de un lado, de la semántica del lenguaje constitucional, es decir, de su grado de determinación y, del otro, como para cualquier actividad interpretativa, de una buena argumentación de las opiniones inevitablemente abiertas de su grado de indeterminación. El cognoscitivismo judicial, como he escrito muchas veces y como también recuerda PRIETO (Pi., 242), es un modelo normativo límite, nunca perfectamente factible así como, por lo demás, es un modelo límite y convencional de legitimación del poder legislativo la representación política de la voluntad del electorado; y debemos admitir que la medida de su impracticabilidad es también la medida de la ilegitimidad del poder judicial. Pero a la ideología metafísica y no liberal de la objetividad de la moral me parece preferible, como sostendré mejor más adelante, el reconocimiento de un inevitable margen de ilegitimidad del ejercicio de todos los poderes públicos —reducible en cierta medida gracias a las garantías, pero irreducible más allá de tal medida— respecto a sus fuentes ideales de la legitimación.

5. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. ¿SEPARACIÓN O CONEXIÓN?

Llego, así, a las objeciones y a las críticas que me han sido planteadas por la opuesta orientación neoiusnaturalista o principalista. Después de SCILLA, entonces, para mantenernos en la imagen de HIERRO, CARIBDIS. M. ATIENZA afirma que no he dado una respuesta adecuada a los tres problemas planteados por la aproximación princi-

[25] He distinguido entre «Derecho vigente» y «Derecho viviente» en *Intorno a* Principia iuris*. Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, cit., § 14.1.3.2, 243-248.

palista o no positivista: el problema de la relación entre Derecho y moral, la distinción entre principios y reglas, y la cuestión de la ponderación como tipo de argumentación que se corresponde con los principios en oposición a la tradicional subsunción que, en cambio, sería posible solamente para las reglas (At., 85). En los tres siguientes párrafos diré, más bien, que mis respuestas son distintas y, a mi parecer, más adecuadas que las suyas.

Comencemos con la cuestión de la conexión o separación entre Derecho y moral. ¿Qué se entiende, en el debate jurídico-filosófico, por «separación» y qué cosa se entiende por «conexión» entre estas dos esferas? Por la expresión «separación entre Derecho y moral» se entiende sólo dos pares de tesis, uno de carácter asertivo, otro de carácter prescriptivo. Según las dos tesis asertivas, que forman un postulado del *positivismo jurídico* y un corolario del *principio de legalidad* como criterio de reconocimiento exclusivo y exhaustivo de las normas jurídicas, *aa)* la validez de una norma jurídica no implica su justicia y, por tanto, pueden existir normas válidas que consideremos extremadamente injustas e, inversamente; *ab)* la justicia de una norma no implica su validez y, por tanto, puede suceder que una norma, incluso si extremadamente justa, no vaya a existir válidamente. Según las dos tesis prescriptivas, que forman un postulado del principio de laicidad y un corolario del liberalismo político, no se justifican sobre el plano ético-político; *ba)* la producción de normas dirigidas ya no a prevenir daños a terceros o a perseguir intereses públicos sino sólo para afirmar, sostener, reforzar o sancionar los preceptos de la (o bien de una determinada) moral, y *bb)* la imposición a los ciudadanos de la adhesión moral o de la aceptación o de un compartir ético-político de los principios morales estipulados por las normas jurídicas, aunque fueran las de rango constitucional [26]. Bajo ambos aspectos, suscribo plenamente cuanto ha escrito claramente P. CHIASSONI: la separación entre Derecho y moral representa un precioso legado de la ilustración jurídica y permanece como un rasgo distintivo de la modernidad en el sentido kantiano del término, debido a que fundamenta la autonomía del Derecho de los juicios morales y de los juicios morales del Derecho positivo, y confía las elecciones morales no ya a la adhesión a una supuesta ontología objetiva y heterónoma sino a la autodeterminación espontánea y a la responsabilidad individual.

¿Qué entendemos, en cambio, por «conexión entre Derecho y moral»? Decimos, a menudo, qué cosa *no debemos entender* por dicha expresión, es decir, qué significados o tesis de la conexión no están en cuestión dado que ninguna persona con sentido común, y ciertamente ningún partidario de la separación, han pensado negar. Con dicha expresión no se entiende ninguna de estas cuatro tesis, todas triviales y descontadas: 1) que las leyes tengan contenidos morales (o bien, inmorales), es decir, susceptibles de calificación moral y que en los contenidos morales altamente apreciables (para nosotros) haya una gran parte de nuestros principios constitucionales; 2) que las leyes

[26] He distinguido repetidamente estos dos significados de la tesis de la «separación entre Derecho y moral»: cfr., «La separazione tra diritto e morale», en *Sulla modernità*, *«Problemi del socialismo», 5*, mag.-ag., 1985, 136-160; *Derecho y razón,* cit., cap. IV, §§ 15-16, 218-231; *PrinII*, cap. XV, § 2, 303-308; «Laicidad del Derecho y laicidad de la moral», 2007, en M. CARBONELL (ed.) *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, 2.ª ed., 2010, 132-142. Estas tesis han sido discutidas además por M. GASCÓN ABELLÁN, L. PRIETO SANCHÍS, A. GARCÍA FIGUEROA, M. IGLESIAS VILA, P. DE LORA, A. GREPPI, A. RUIZ MIGUEL y A. RENTERÍA DÍAZ en M. CARBONELL y P. SALAZAR UGARTE (eds.), *Garantismo. Estudios,* cit., a quienes he respondido en *Garantismo. Una discusión*, cit., cap. II, 23-38.

estén acompañadas de una subjetiva pretensión de justicia, que es una tesis igualmente obvia: también los nazis pretendieron que sus leyes fueran justas, a su parecer; 3) que es justo que las leyes tengan contenidos morales que juzgamos apreciables, lo que es igualmente evidente, y 4) finalmente, que en la interpretación jurídica, sobre todo de textos constitucionales, intervienen elecciones orientadas por opciones morales o, en todo caso, ético-políticas, por lo que debe ser argumentada racionalmente la máxima conformidad o, al menos, la compatibilidad con los principios de justicia establecidos en ellos.

Todas estas tesis se dan por descontado y son totalmente compatibles con ambos sentidos de la separación. Por ello, no son siquiera discutidas por los teóricos de formación iuspositivista: ya no, como escribe G. PINO, porque «subestiman su importancia e inevitabilidad» y prefieren concentrar sus «energías en la defensa de la versión típicamente iuspositivista» (Pi., 226) de la tesis de la separación sino porque esta tesis sólo significa los dos principios antes recordados: el positivista de la legalidad y el liberal de la no interferencia del Derecho en la esfera moral de las personas, donde las conexiones expresadas por las otras cuatro tesis son, sobre el plano teórico, triviales e irrelevantes. A partir de esta trivialidad, por una suerte de deslizamiento semántico, los partidarios de la conexión sostienen, sin embargo, que los principios constitucionales, poco importa si todos o algunos, incorporan ya no *una* determinada moral, aunque compartida por nosotros, sino *la* moral o *la* justicia en algún sentido objetivo de la palabra. «Existe una conexión intrínseca entre el Derecho y la moral»; «tiene pleno sentido afirmar la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el Derecho y la moral»; es necesario «reconocer la existencia de una conexión interna (en el sentido antes explicado) entre el Derecho y la moral», escribe repetidamente, por ejemplo, M. ATIENZA (At., 80, 82, 85). Es en esta idea de la conexión con *la* moral donde reside el «objetivismo moral» y el vinculado «cognoscitivismo ético». Sin embargo, aquí se abren dos vías, ligadas al distinto significado, *fuerte* o *débil*, asociado por los partidarios de la conexión, más allá de sus propias afirmaciones, a las expresiones «objetivismo moral» y «verdad moral»: la primera, a mi parecer, inaceptable y ciertamente incompatible con la tesis de la separación; la segunda, sustancialmente compatible con ésta pero fuertemente equivocada, errónea y engañosa sobre el plano filosófico.

Según una primera acepción, «objetivismo moral»: *a)* alude a una suerte de ontología de los valores con referencia a la cual, *b)* es posible argumentar como verdaderos los juicios y las tesis morales, incluso las expresadas por los principios constitucionales. Es claro que la tesis sub *a)*, según la cual el Derecho, o mejor, los principios constitucionales, incorporan *la* moral en el mencionado sentido objetivo, contradice la separación en sentido asertivo, derivando de ella la tesis antiiuspositivista que la extrema injusticia o la inmoralidad de una norma excluye su validez. Y es igualmente evidente que la tesis sub *b)*, según la cual los juicios de valor moral expresados por los principios constitucionales son argumentables como verdaderos, contradice la separación en sentido prescriptivo, de lo que se deriva la tesis *no liberal* de su aceptabilidad universal y de la intolerabilidad, por falsos, de los juicios contrarios. En suma, ambas tesis suponen la hipótesis metafísica de la existencia empírica de un mundo de valores morales objetivamente o naturalmente vinculante. Es lo que supone la ética católica, basada justamente sobre la idea que existe un sistema objetivo de valores que es establecido y querido por Dios. Mi afirmación, firmemente rechazada por ATIENZA (At., 77), que

ninguna tesis ético cognoscitivista está en capacidad de impugnar una tesis ético-cognoscitivista distinta (la católica, por ejemplo), está ligada al hecho que ambas tesis son propuestas como verdaderas o, en todo caso, como objetivas (o bien, objetivamente verdaderas) en el sentido *fuerte* de estas expresiones: por ejemplo, según la ética católica, es «verdadera» la tesis que el aborto debe ser prohibido; al contrario, según una tesis objetivista laica, es «verdadera» la tesis opuesta, que no debe serlo en virtud del derecho de la mujer a la autodeterminación de la maternidad. Es claro que en la base de estas dos tesis hay dos valores opuestos. Pero asumir una de las dos tesis como «verdadera» implica asumir la tesis opuesta como «falsa» y, por ello, no tolerable; en el mismo modo en el que no podemos tolerar la tesis que la Revolución francesa ocurrió en 1889, siendo «verdadero», porque está documentado, que sucedió en 1789.

Naturalmente, como dice HIERRO, «la mayor parte de los neoconstitucionalistas principalistas» (seguramente todos los que han intervenido en este debate), incluso profesando su adhesión al objetivismo moral, «afirman la libertad como valor primario y no son para nada intolerantes» (Hi., 158). Sobre esto no hay dudas. Pero mi crítica concierne, en particular, a la aporía que vicia su posición liberal, es decir, la tesis ético cognoscitivista que se pueda hablar de «verdad moral» en una concepción objetivista de la moral en el sentido fuerte ahora explicado. La tesis según la cual tal concepción implica el absolutismo moral y la intolerancia es sólo un argumento *a contrario* en apoyo de su negación. Quiere decir, por *modus tollens*, que no se adhiere al objetivismo en el sentido antedicho si se rechaza el absolutismo moral; que, dado que el primero implica a lo segundo, entonces aquél significado fuerte de «objetivismo» o de «cognoscitivismo ético» o de «verdad moral» no es, en realidad, compartido por quienes no son, y justamente no se consideran, ni absolutistas ni mucho menos intolerantes; que, consiguientemente, ellos asocian a tales expresiones un significado distinto, más *débil* —a mi parecer, gravemente equívoco y engañoso sobre el plano filosófico y, sin embargo, compatible tanto con las opciones iuspositivistas como con las opciones liberales— tanto que, no por casualidad, hablan de un «objetivismo moral mínimo» (At., 77 y 88). En este segundo sentido, objetivismo y cognoscitivismo moral son entendidos, en realidad, como sinónimos de «racionalismo ético», es decir de fundamentación y argumentación racional de las tesis éticas.

Es precisamente este, a mi parecer, el caso de M. ATIENZA. Como recuerda P. CHIASSONI (Ch., 106-107), ATIENZA sostiene la tesis, jurídicamente trivial, que los juicios morales, aún sin tener el mismo valor de verdad que las tesis sobre determinados hechos empíricos, son susceptibles de una fundamentación objetiva en el sentido que «admiten una discusión racional, no exactamente igual a las de carácter científico y, sin embargo, racional», siendo posible proveer para su fundamentación criterios racionales u «objetivos» y no «meras proclamaciones de deseos o manifestaciones de emociones»[27]. Y, ciertamente, todas las veces que ATIENZA ha polemizado sobre temas morales con la Iglesia Católica, lo ha hecho sobre la base de argumentos racionales, y no ciertamente objetivos, es decir, con una «manera de razonar moralmente» que nadie ha considerado «en algún sentido, afín a la de los absolutistas católicos» (At., 77). Pero este denominado «objetivismo ético racional», como adecuadamente ha obser-

[27] M. ATIENZA, «Cuento de navidad», en *Analisi e diritto 2009,* 2009, 116-117. *Vid.* también la intervención de ATIENZA en esta discusión, en 81-82.

vado CHIASSONI (107-108), hacer referencia no ya a una «razón sustancial (fuerte), que nos procura un conocimiento objetivo y, por ello, verdadero de los principios y de los juicios morales» sino a una «razón instrumental (débil)» acerca de la relación de medios a finalidades morales en la que se encuentran nuestras acciones: que es exactamente compartido con mi anticognoscitivismo ético, el cual, recuerda también CHIASSONI (Ch., 108-109), no se identifica para nada con el puro emotivismo sino que exige que las tesis éticas, incluso no siendo ni verdaderas ni objetivas, se sustenten en argumentaciones racionales basadas sobre lecciones de la historia y sobre la experiencia en torno a qué valores merecen ser perseguidos como fines y a la idoneidad para realizarlos de las acciones recomendadas o de las normas establecidas.

Un discurso análogo, aunque más largo, puede ser hecho para las tesis de A. RUIZ MIGUEL y de J. MORESO, que igualmente oscilan entre una concepción del objetivismo en sentido fuerte y su concepción en el sentido débil de «justificación racional» o de «pretensión de corrección» de las tesis morales. RUIZ MIGUEL insiste en su tesis, que ya habíamos discutido [28], de la «aceptabilidad moral» de los valores constitucionales de la libertad, de la igualdad y de la dignidad de las personas como fundamento o sentido de la objetividad. Pues bien, con esta expresión fuertemente ambivalente se pueden entender tres cosas, sobre las primeras dos de las cuales, me parece, estamos al menos en parte de acuerdo: la primera, trivial, creemos poder argumentar racionalmente su aceptabilidad moral ante todos y planteamos, por tanto, la pretensión claramente subjetiva de su corrección y, por ello, de la necesidad de garantizarlas (RM., 277); la segunda, rechazada por no liberal por mí y en un primer momento por RUIZ MIGUEL (RM., 277), es que es justificable la imposición jurídica de su aceptación moral, es decir, de la adhesión interna o de la conciencia a los susodichos valores; la tercera, propuesta ahora por RUIZ MIGUEL y sobre la cual declara que no me he pronunciado, es que «si consideramos justificado imponer jurídicamente nuestros valores de justicia frente a quienes actúan desconociéndolos es porque creemos que deberían ser reconocidos también por ellos: por eso no podemos limitarnos a considerar que *pueden* ser aceptados moralmente por todos, sino que tenemos que asumir también que *deberían* serlo» (RM, 277-278). Confieso no entender en qué se distingue esta tesis de la segunda tesis inicialmente sostenida por RUIZ MIGUEL y que rechacé. Si esta tercera tesis no quiere decir como la primera, dada por descontado, que los valores constitucionales tienen (aunque no necesariamente todos) una justificación moral argumentable racionalmente, sino que «deben ser» racionalmente aceptados por todos, entonces equivale a la tesis, que parecía que habíamos rechazado concordantemente, de la imposición jurídica y claramente no liberal de la adhesión a tales valores.

En suma, a mi parecer, la aceptación moral de los valores constitucionales por parte de los asociados es extraña no sólo a la teoría del Derecho en cuanto teoría formal sino también a la dogmática constitucionalista, para la que sólo se requiere el análisis del significado de los principios constitucionales junto con cualquier filosofía política liberal. Pero RUIZ MIGUEL insiste sobre el carácter «equivocado» y «autocontradictorio» de mi rechazo al objetivismo y del cognoscitivismo ético (RM., 279): «equivocado» porque a su parecer, «no existe nada en la esencia de las éticas cog-

[28] *Vid.* los escritos citados en la nota 1 de la intervención de A. RUIZ, incluida en esta publicación.

noscitivistas que les impida aceptar el criterio de tolerancia ante las opiniones disidentes» (RM, 279), incluso si tal aceptación equivale, a su parecer, a considerar tal criterio «en algún sentido "objetivo", es decir, lo suficientemente correcto como para que tenga la pretensión de imponerse a todos» (RM, 279); contradictorio porque mi firme convicción en torno a mis posiciones metaéticas y éticas sería «indistinguible de la que católicos y "laicos objetivistas" sienten por las suyas», debido a que expresaría, en contradicción con mi «negación del objetivismo ético», una «pretensión de objetividad» de mi ética laica que he considerado «como razonablemente aceptable y suficientemente "objetiva" (o, si se quiere, "racional")» (RM, 280). En suma, RUIZ MIGUEL atribuye a mis tesis éticas y metaéticas una pretensión de objetividad sólo porque, como todos, estoy firme y racionalmente convencido de ellas. Confunde, en otras palabras, el objetivismo moral con el subjetivo convencimiento racional [29]. Pero esta confusión señala que el objetivismo ético, entendido en el último sentido, equivale en realidad al primero de los tres significados antes recordados de la expresión «aceptabilidad moral»: es decir, a la tesis que el denominado fundamento «razonablemente aceptable y suficientemente objetivo o, si se quiere, racional» de nuestras tesis morales no es sino la idea obvia y trivial de su justificación racional y, por ello, de su pretensión subjetiva de corrección.

Esta equivalencia entre «razón» y «verdad», entre fundamentación racional y fundamentación objetiva está presente, con oscilaciones análogas, en la intervención de J. MORESO. MORESO identifica el objetivismo moral con su tesis TIN1 que «hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)» (Mo., 185). Más allá de esta tesis parecería que hay una noción fuerte de objetivismo, aunque distinta de la noción de iusnaturalismo definida por él, también en su tesis TIN2, según la cual «las normas positivas contrarias a alguno de los principios referidos en TIN1 no son jurídicamente válidas» (Mo., 185). Más adelante, sin embargo, MORESO sostiene que «la calidad de un juicio moral depende de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor» (Mo., 191). Añade que mi tesis que «la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más "verdadera" que la solución opuesta» hace de mi posición «muy inestable: hay un espacio para la argumentación racional, pero no tenemos un criterio para establecer cuáles son *mejores* razones» (*ibid*.). Entonces, para MORESO, decir «mejores razones» equivale a decir «argumentos verdaderos» (¿o «más verdaderos»?): como si no existieran razones, no de tipo teorético sino de tipo moral, como fundamento no de la verdad sino de la justicia, y no de nuestros conocimientos sino de nuestras tomas de posición.

---

[29] La confusión es confirmada en otro pasaje de la intervención de RUIZ MIGUEL: «Defender, como hace FERRAJOLI, la "necesidad" de garantizar algunos derechos básicos, que implica considerar necesaria su imposición coactiva» —es decir, su estipulación constitucional y no ciertamente su objetividad ni siquiera su imposición coactiva a las conciencias de las personas— «es precisamente adoptar el punto de vista mínimamente "objetivista" que considera tales criterios morales como universalmente aceptables y, por tanto, como "suficientemente fundados" o correctos» (RM, 277). Sin embargo, la confusión se resuelve en una clara petición de principio: la idea trivial de la justificación racional de nuestras tesis morales y, por tanto, su pretensión subjetiva de corrección —equivaliendo, al parecer de RUIZ MIGUEL, a su fundamento «en algún sentido objetivo»—, fundamentaría de un lado la pretensión que deben ser aceptadas por todos y, por otro lado, estaría en contradicción con el rechazo del objetivismo ético.

MORESO sostiene que mi rechazo del cognoscitivismo y del objetivismo moral estaría basado en la tesis de la implicación entre cognoscitivismo ético y el absolutismo moral intolerante de las opiniones discrepantes y, por tanto, sobre mi convencimiento de la implicación inversa entre liberalismo político y democracia, de un lado, y anti-cognoscitivismo ético, de otro. Es verdad, de acuerdo con KELSEN, estoy convencido de estas implicaciones que, repito, valen incluso como argumentos a contrario respecto a los objetivistas que justamente rechazan la acusación de intolerancia. Pero ciertamente no son estas las razones de mi rechazo del objetivismo ético que, sin embargo, sirve repetir, no implica para nada mi adhesión al relativismo moral de tipo emotivista como ha sido definido por MORESO. Si verificase la existencia empírica u ontológica del «conjunto privilegiado de principios» de los que habla MORESO, admitiría tal existencia sin titubeo. Mi anti-objetivismo y mi anti-cognoscitivismo ético están ligados a mi opción, desde siempre, por el objetivismo lógico y la antimetafísica. Se basan sobre dos tipos de tesis que será oportuno explicar, aunque sea sumariamente, al final de nuestra discusión.

Mi primera tesis es que los principios o los valores morales no son cosas, fenómenos o «entidades» objetivas en algún sentido de esta expresión y que la verdad es predicable sólo de las tesis lógicas y de las tesis empíricas. No llego siquiera a entender qué cosa significa «la existencia» de valores morales (o estéticos o de cualquier otro tipo), o la «verdad» o la «objetividad», aunque sea en un sentido mínimo o moderado, de las tesis morales, tanto que la única concepción objetivista de la moral que me parece sensata, aunque sea totalmente absurda, es la católica, según la cual Dios «existe» y la moral es, objetivamente, la querida por él en virtud de un singular y fantasioso voluntarismo e iuspositivismo divino.

Mi segunda tesis es que, a pesar de esto, estoy convencido de que, en la vida en sociedad, la justicia es un valor no menos fundamental que la verdad; que la moral es más importante que el Derecho, tanto que he hablado de una primacía suya, desde el punto de vista externo, sobre el punto de vista jurídico interno [30]; que los fundamentos de la justicia y de la moral —que, a mi parecer (y al parecer de todos nosotros, pero no al parecer de todos) son la libertad, la igualdad, el respeto a la persona, la paz, la democracia, los derechos de libertad y los derechos sociales— son precisamente fundantes pero no fundados; finalmente, que nuestras elecciones morales y nuestros juicios políticos no son, en absoluto, fruto de emociones irracionales sino que pueden (y deben) ser racionalmente y responsablemente argumentados en coherencia con los fundamentos y con los antedichos valores. En suma, la argumentación o justificación racional no es admitida y exigida por las tesis asertivas como fundamento de su verdad sino también, para las tesis prescriptivas, como fundamento de su justicia o también, más sencillamente, de su congruencia y funcionalidad respecto a los objetivos establecidos. Tomemos la tesis moral obvia ejemplificada por MORESO según la cual es moralmente inaceptable torturar a los niños por diversión. Ninguna persona razonable, dice MORESO, sostendría lo contrario. Pero esto quiere decir, no tanto que sea verdadera sino, sencillamente, que es trivialmente justa por las «razones» obvias que, como dice MORESO, «estamos en capacidad de ofrecer a su favor» (Mo., 191). Pero es precisa-

[30] *Derecho y razón*, cit., parte V, cap. XIV.

mente aquí que se manifiesta nuestra discrepancia: tales razones obvias, a mi parecer, sustentan su justicia mas no su verdad. Felizmente nuestro vocabulario es lo bastante rico para permitirnos usar, en cada ocasión, términos distintos y apropiados. ¿Diremos que son verdaderas, o bien, con mayor corrección, que son justas porque racionalmente argumentadas o bien fundamentadas respecto a nuestros valores morales, las tesis de que la paz es preferible a la guerra, o que es intolerable que los seres humanos sean torturados o, incluso, en relación con los valores estéticos, que la Capilla Sixtina de Miguel Ángel es una obra maestra del arte?

En suma, tengo la impresión que muchos principalistas confunden el cognoscitivismo ético y el objetivismo moral con la fundamentación racional de la ética, es decir, con la argumentación racional de las tesis morales; como si la alternativa al cognoscitivismo y al objetivismo moral fuera el relativismo emotivista y no hubiera otra alternativa al irracionalismo en la ética que la fundamentación de la moral sobre la verdad de sus tesis. En realidad, la verdad no coincide para nada con la argumentación racional: aquélla es el valor en sustento de las cuales son argumentadas racionalmente las tesis asertivas, pero la argumentación racional puede tener como objeto también tesis preceptivas o valorativas, de tipo moral, estético o de cualquier otro tipo. Un óptimo ejemplo de argumentación racional es el ofrecido por nuestra discusión. Cada uno de nosotros piensa, obviamente, que las tesis que sostienen son argumentables racionalmente y nadie (con seguridad, yo no) piensa que no lo son las tesis distintas y tal vez opuestas a las sostenidas por los propios interlocutores. De ahí se sigue que ninguno de nosotros puede calificar las propias tesis como verdaderas y las tesis opuestas como falsas, sino afirmar —asumiendo la carga de la prueba— que estas últimas no son argumentables racionalmente. En caso contrario, si reconocemos que también las tesis distintas de las nuestras son argumentadas racionalmente o, en todo caso, no llegamos a demostrar su irracionalidad, debemos renunciar a la identificación entre verdad y justificación racional y admitir que en el origen de nuestras discrepancias está la diversidad de nuestras asunciones de base, que en este caso son nuestras concepciones de la verdad: de un lado, la idea ético-cognoscitivista de la justificación racional de las tesis morales como verdad; de otro, una concepción de la verdad más restringida, como valor sólo predicable de las aserciones lógicas o empíricas, por lo cual, son excluidas, aunque sean racionalmente justificadas, las tesis morales. Otro ejemplo de justificación racional no coincidente con la verdad es el ofrecido por la estipulación de los postulados y de las definiciones de una teoría del Derecho. Estas asunciones —distintas de teoría en teoría— no son ni verdaderas ni falsas, pero ciertamente no son, en absoluto, arbitrarias, habiendo sido elegidas y a lo mejor repetidamente integradas y precisadas en el curso de la teoría. Es lo que yo mismo he experimentado, modificándolas y ajustándolas, poco a poco, a medida que procedía en la construcción de la teoría sobre la base del argumento claramente racional de su mayor alcance empírico y capacidad explicativa.

Hay, finalmente, un último aspecto de la cuestión que merece ser analizada, al haber sido muchas veces reclamada por M. ATIENZA, por MORESO y, sobre todo, en este debate, por G. PINO: se trata del «razonamiento moral» exigido por la interpretación de los principios constitucionales que utilizan «conceptos morales». Escribe PINO: «Si la determinación de la validez material de las normas jurídicas requiere necesariamente interpretación, y si en tal actividad interpretativa también está involu-

crada la determinación del significado de las normas superiores, y si, por último, tales normas superiores son formuladas de modo tal que incluyan conceptos morales cuya interpretación requiere una forma de razonamiento moral, entonces la conclusión es inmediata: en el Estado constitucional de Derecho, la determinación de la validez material de las normas jurídicas, además de los componentes valorativos normalmente incluidos en cualquier actividad interpretativa, requiere también una forma de razonamiento moral» (Pi., 226). La única implicación de esta tesis es la ya comentada en respuesta a PRIETO al final del parágrafo precedente, según la cual la validez sustancial de las normas legales (pero no, como he demostrado, su existencia, vigencia o pertenencia a un determinado ordenamiento) está condicionada por la interpretación que involucra juicios y elecciones morales. Pero no noto, como ya he dicho, por qué esto conlleve la superación de la clásica separación entre Derecho y moral en los sentidos antes precisados y no, simplemente, el reconocimiento de los inevitables espacios de discrecionalidad interpretativa admitidos por los conceptos morales y, en general, por todos los conceptos expresados en términos vagos y/o valorativos: de los conceptos de igualdad o dignidad de las personas a los conceptos de ultraje o vilipendio, de los conceptos económicos a los estéticos, de los derechos fundamentales a las nociones penales de maltrato o de actos obscenos. Es claro que tras la interpretación de los términos morales hay elecciones morales: un liberal y un reaccionario darán, respectivamente, interpretaciones restrictivas y extensivas de los conceptos de ultraje o de vilipendio. Pero el estatuto moral de un concepto retroactúa sobre el razonamiento jurídico de una manera no distinta del estatuto de cualquier otro concepto valorativo. Si luego queremos denominar a todo esto «conexión entre Derecho y moral» debemos admitir que se trata de una conexión no distinta de la cuarta conexión que he dado por descontada y como irrelevante sobre el plano teórico y, en todo caso, plenamente compatible con la tesis iuspositivista de la separación.

6. REGLAS Y PRINCIPIOS. PRINCIPIOS REGULATIVOS Y PRINCIPIOS DIRECTIVOS

La segunda discrepancia de fondo surgida de nuestro debate concierne a la naturaleza y al alcance de la distinción entre reglas y principios. La cuestión está estrechamente conectada con la del rol de la ponderación en adición o en oposición a la subsunción: en efecto, mientras a las reglas les corresponde la subsunción, según la opinión dominante, a los principios les corresponde la ponderación.

Antes de enfrentar la cuestión teórica de la diferencia entre reglas y principios es bueno interrogarnos sobre su nexo con la cuestión apenas discutida de la separación o de la conexión entre Derecho y moral. Existe ciertamente un nexo entre la separación y el modelo tradicional de las reglas y de la subsunción. En efecto, la separación conlleva la identificación de la «objetividad» del Derecho sólo con aquella positiva creada por la ley, cuales sean que fueran sus contenidos morales. Por tanto, es un corolario del principio de legalidad, que hace posible a su vez, mediante la previsión legal de los hechos regulados por las reglas, la subsunción de los primeros en las segundas, aunque con los márgenes de discrecionalidad ligados al carácter siempre opinable de la verdad jurídica y probabilística de la verdad fáctica. En efecto,

veritas (non auctoritas) facit legem en cuanto *auctoritas (non veritas) facit legem*. El cognoscitivismo judicial implica el convencionalismo legal, es decir, el principio de positividad (que he llamado la *mera legalidad*), aunque no viceversa, siendo además necesaria la exacta y taxativa previsión legal de los hechos regulados (que he llamado la *estricta legalidad*) porque la subsunción también tiene un carácter tendencialmente cognoscitivo. En todo caso, la separación del Derecho de la moral —que, no obstante su pretendida objetividad, siempre es la moral subjetiva de los jueces y de los juristas teóricos— es el precio que se paga a la certeza del Derecho y, por tanto, a los valores de la igualdad ante la ley, de la libertad contra el arbitrio moral de los jueces y de la sujeción de estos a la ley [31].

Más problemático es el nexo entre la tesis de la conexión y el modelo de los principios y de la ponderación. Paradójicamente, en efecto, entre la primera y el segundo parecería haber, incluso, una contradicción, dado que el objetivismo y el cognoscitivismo moral en el sentido fuerte antes explicado debería, en vía de principio, hacer posible la comprobación de la «verdad moral», es decir, de una «única solución correcta», mientras los principios y la ponderación requieren, indudablemente, elecciones aún más discrecionales que las exigidas por el modelo de las reglas y de la subsunción. Esto, para los principalistas, debería representar un ulterior argumento contra un similar objetivismo fuerte. Sin embargo, si la conexión entre Derecho y moral se asocia con el objetivismo en sentido débil, entendido como justificación racional de las soluciones adoptadas (en realidad, por tanto, a un pseudo-objetivismo), entonces entre la tesis de la conexión y el modelo de los principios y de la ponderación no existe ninguna relación.

Así pues, la cuestión de la relación entre principios y reglas y del rol de la ponderación, en adición o como alternativa a la subsunción, permanece pendiente e independiente de nuestras concepciones sobre la relación entre Derecho y moral. Bajo este aspecto, sólo se puede hablar: *a)* de una tendencia de quienes sostienen la tesis de la separación para valorizar el modelo de las reglas y de la subsunción y para asumir, por tanto, la distinción entre principios y reglas como una distinción débil, ligada sólo al mayor grado de indeterminación generalmente característico de los primeros, y *b)* de la tendencia opuesta de quienes sostienen la tesis de la conexión para valorar, en cambio, el modelo de los principios y aquel conexo de su ponderación y para asumir, por tanto, la misma distinción como una distinción estructural o cualitativa. Pero el principio de positividad y la tesis de la separación no implican necesariamente sino que sólo favorecen el modelo de las reglas y de la subsunción, aún siendo implicados por éste, y la conexión, a su vez, no implica necesariamente sino sólo favorece y apoya el modelo de los principios y de la ponderación. Como ha destacado García Figueroa (GF, 128-130), hay positivistas que dan una gran importancia al modelo de los principios y de la ponderación e, incluso, no positivistas que tienden a interpretar todas las normas como reglas.

Retomamos entonces el análisis de la distinción entre reglas y principios. En el texto con el que se ha abierto esta discusión he reducido fuertemente el espacio y el

[31] Sobre el nexo entre el cognoscitivismo judicial y el convencionalismo legal, remito a *Derecho y razón*, cit., parte I, cap. I, § 1.

rol asociado a los principios, incluso en el Estado constitucional de Derecho. Concretamente, he propuesto distinguir entre los *principios regulativos*, que se comportan como las reglas, y los *principios directivos* o *directrices*, que tienen el valor de normas programáticas, como les llaman ATIENZA y RUIZ MANERO o de mandatos de optimización como les llama ALEXY. En efecto, he caracterizado los principios regulativos como aquellos principios que dictan figuras deónticas por las que es posible configurar una violación respecto a la cual son relevantes como reglas, y las directrices como aquellos principios que indican objetivos políticos sin que se pueda predeterminar una precisa violación de ellas. Así entendida la distinción, se incluyen entre los principios regulativos el principio de igualdad y todos o casi todos los derechos fundamentales, mientras que se incluyen entre las directivas, por ejemplo, las normas que en la Constitución italiana establecen que «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» o que «es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social» que limitan «la libertad y la igualdad de los ciudadanos» o que «la República estimula y protege el ahorro» y similares. Es claro que las normas de este segundo tipo —aunque tengan, como escribe GARCÍA FIGUEROA, una gran «capacidad de irradiación o de impregnación del resto del ordenamiento» (GF, 133)— no dictan ni prohíben alguna conducta específica y, por tanto, no se pueden prefigurar sus violaciones específicas. Al contrario, los principios regulativos como la mayor parte de los derechos fundamentales [32] son reglas, que en *Principia iuris* he llamado *reglas* y *normas deónticas* (D8.5, D4.8) porque establecen figuras deónticas de las cuales se puede configurar el respeto o la violación, la observancia o la inobservancia, la acción o la inacción.

F. LAPORTA encuentra «poco convincente [...] la aparente facilidad con la que pretendo conocer las obligaciones y prohibiciones correlativas» a aquellas reglas que he llamado «principios regulativos» (Lap., 177). Pero esta facilidad depende del hecho que tales obligaciones y prohibiciones son exactamente aquellas identificadas por la constitución en correspondencia con los derechos establecidos en ella. Tal correspondencia —consistente en la identidad y, por tanto, en la igual determinación de los comportamientos que forman el objeto de los derechos y de los deberes correspondientes a ellos— es, en efecto, una tesis de teoría del Derecho [33] y no ciertamente de dogmática

[32] No todos los derechos fundamentales son reglas sino, como he dicho, sólo aquéllos de los que es posible configurar la realización o la violación. Por ejemplo, el «derecho al trabajo» previsto en el art. 4 de la Constitución italiana, a pesar del nombre, es más bien una directriz —la de una política dirigida a realizar la plena ocupación— y no un principio regulativo pues, en una sociedad capitalista, no es posible configurar como su garantía primaria ninguna obligación específica correspondiente, a cargo de algún sujeto del ordenamiento.

[33] Expresada en *PrinI* por las tesis T10.119-T10.126, T10.135-T10.136, T10.170-T10.185, T10.209-T10.237, T10.254-T10.255, T10.288-T10.291, T11.101-T11.111. Como he sostenido en *PrinI*, § 3.4, 184-186, no habiendo ninguna prioridad lógica de los derechos (es decir, de las expectativas pasivas de no lesión o de prestación) respecto a los deberes (es decir, a la modalidad activa de la prohibición y de la obligación) ni viceversa, las mismas normas pueden ser formuladas, sea en términos de expectativas positivas o negativas, sea en términos de obligaciones o prohibiciones, y los distintos estilos legislativos se deben a razones tanto técnicas como políticas: así, por ejemplo, las normas constitucionales están expresadas en términos de derechos y, por tanto, de principios regulativos para subrayar la centralidad constitucional de las personas que son titulares de los derechos fundamentales, mientras que las normas sustanciales del Código Penal son formuladas en términos de prohibiciones porque de esta forma se prestan mejor a satisfacer el principio de taxatividad de la ley penal.

jurídica y es, por tanto, sobre el plano teórico y conceptual una tesis formal del todo independiente de los problemas de interpretación del significado de los enunciados del Derecho positivo, pertenecientes en cambio, sean fáciles o difíciles, a la dogmática y a la jurisdicción. Los principios constitucionales que enuncian derechos podrán ser no menos vagos e indeterminados que el resto de las normas en forma de reglas. Pero el contenido prescriptivo de los deberes impuestos por ellos es exactamente idéntico al de los derechos conferidos por ellos: el derecho constitucional al honor, por ejemplo, tiene exactamente la misma indeterminación que la prohibición de daño al honor y a la reputación de los demás, expresada por las normas penales sobre la injuria y la difamación. Sin embargo, la indeterminación de un principio regulativo es una cosa del todo distinta a la imposibilidad de configurar una específica violación, como en cambio sucede para las directivas, incluso las de fundamental importancia, como por ejemplo el principio que «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» o el principio de la «dignidad de la persona». En suma, si mediante la interpretación doctrinaria o judicial de un principio no estamos en capacidad de suponer, aunque fuera en términos vagos, los comportamientos que son sus posibles violaciones, entonces quiere decir, sobre la base de la distinción que he propuesto, que ése, aunque fundamental, no es un principio regulativo sino una directiva.

ATIENZA, aún no compartiendo la tesis de ALEXY de que los principios son mandatos de optimización (At., 78), caracteriza todos los principios, en oposición a las reglas: *a)* como normas que configuran el caso en forma abierta, mientras las reglas lo hacen en forma cerrada, y *b)* con el hecho que su indeterminación es más radical que aquella de las reglas aunque estas también pueden ser vagas e imprecisas. No me parece que esta diferencia sea generalizable. Por ejemplo, el principio de igualdad y el de la libertad personal, como son enunciados por los arts. 3 y 13 de la Constitución italiana, no están ciertamente formulados en forma más «abierta» e «indeterminada» que las reglas penales sobre la peligrosidad social o sobre los eximentes de la legítima defensa y del estado de necesidad. En todo caso, no se trata de una distinción de carácter conceptual sino ligada al distinto grado de apertura y de indeterminación de dos tipos de normas, mayor en los principios y menor en las reglas. Por lo demás, no me parece siquiera una diferencia de estructura el rasgo distintivo de los principios, propuesta por ATIENZA y por J. RUIZ MANERO, entre «principios en sentido estricto» y «directrices» que parece basada, sobre todo, en la mayor importancia de los primeros, que expresan «valores últimos» y operan como «razones últimas» o «finales» de las acciones y, por tanto, prevalecen sobre los segundos —siendo estos también derogables— y operan, en cambio, como «razones para la acción de tipo utilitario»[34].

Por otro lado, G. PINO ha observado que mi falta de distinción entre principios y reglas, dejaría «en penumbra» lo que llama «la dimensión nomogenética de los principios», es decir, «su aptitud para justificar otras normas», sean estas explícitamente existentes o solamente implícitas y, sobre todo, «a justificar muchas normas distintas en vez de equivaler a una sola regla» (Pi., 213-214). También esta diferencia me parece que no es generalizable ni, por tanto, decisiva. En efecto, no veo por qué esta capacidad nomogenética no deba valer también para las reglas, como la regla establecida

[34] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 1996, cap. I, § 2.2.3, 14, y cap. IV, § 4, 140-141.

en el art. 13, inciso 5.º de la Constitución italiana, según la cual «la ley establece los límites máximos de la carcelería preventiva» pero, sin embargo, sin especificarlos; o la establecida en el segundo párrafo del art. 36 que establece «se determinará por la ley la duración máxima de la jornada de trabajo» que, sin embargo, puede establecerla en distintas medidas; o la dispuesta en el art. 53 de la Constitución según la cual «el sistema tributario se inspirará en criterios de progresividad» sin, sin embargo, precisar la distancia entre las distintas alícuotas [35].

Finalmente, BARBERIS ha señalado como diferencia esencial el hecho, ya destacado por G. PINO, que los principios incorporan expresamente los valores morales (Ba., 90-91) [36]. Pero ni siquiera ésta es una diferencia de estructura. Es sólo una diferencia de estilo, como he destacado en el ensayo que estamos discutiendo, dictada por la oportunidad de explicitar los valores fundantes de la institución política y, conjuntamente, de fijarlos como derechos fundamentales para la titularidad de las personas y de los ciudadanos. Por lo demás, en confirmación de la perfecta correlación entre derechos y deberes, no siempre ha sido adoptado el estilo de los derechos. Por ejemplo, la libertad religiosa, la libertad de prensa y de reunión han sido aprobados por la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en la forma de una regla: la regla que impone al Congreso la prohibición de hacer leyes que limiten tales derechos.

Pero BARBERIS añade, contra mi devaluación de la distinción estructural entre reglas y principios, una crítica que rechazo por injusta: me libraría de tal distinción no por razones teóricas sino ideológicas. Al igual que C. REDONDO, rechazaría la configuración de muchas normas constitucionales como principios porque esto terminaría por oscurecer su normatividad (Ba., 92). Habría así subordinado la aceptación de una tesis teórica por sus desagradables implicaciones prácticas. Calma, BARBERIS. He dicho, apenas en el parágrafo precedente a propósito de una cuestión mucho más importante sobre el plano moral, que estaría dispuesto a hablar de «verdades morales» e, incluso, a exponerme a la acusación de intolerancia si estuviera convencido, sobre el plano teórico, de la objetividad de la moral. La naturaleza de la distinción entre reglas

[35] G. PINO ha dirigido, además, una extraña crítica a mi crítica de la distinción fuerte entre reglas y principios, basada en el hecho que «cualquier principio que enuncia un derecho fundamental, por la recíproca implicación que liga las expectativas en las que consisten los derechos y las correlativas obligaciones o prohibiciones, equivale a la regla consistente en la obligación o en la prohibición correspondiente». «No es verdad», escribe PINO, «que las reglas sean *siempre* (cursivas mías) formuladas haciendo referencia a su violación [...] ni siquiera la norma que se refiere al homicidio en el Código Penal italiano está formulada haciendo referencia a su violación; lo mismo puede decirse de normas constitutivas como aquéllas sobre la adquisición de la mayoría de edad, o sobre la formación de los contratos y de los otros actos jurídicos; de normas que reglamentan actos procesales» (Pi., 214). ¿Qué otra cosa es sino la violación de la norma sobre el homicidio, el comportamiento de quien «causa la muerte de un hombre», como dice el art. 575 del Código Penal italiano, proveyéndolo como presupuesto de la «reclusión no menor a veintiún años»? En cuanto a las normas constitutivas, como se verá mejor más adelante, las he caracterizado como reglas inviolables debido a que constituyen performativamente aquello que establecen. En efecto, la violación es posible no para todas sino sólo para las reglas deónticas, es decir, formuladas en términos de modalidades o de expectativas deónticas como son, por ejemplo, los derechos fundamentales y sus correspondientes garantías. Finalmente, las normas sobre la formación de los contratos y sobre los actos procesales son precisamente reglas, de las cuales es posible tanto la observancia como la violación.

[36] G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 52 y 130.

y principios es una cuestión conceptual que pertenece a la teoría del Derecho. Y los conceptos teóricos como «regla» y «principio» tienen, repito, un carácter formal que permite utilizarlos en relación con cualquier experiencia jurídica, incluso aquellas caracterizadas por los principios más reprobables.

Será entonces oportuno, para responder a todas estas críticas, volver a proponer los argumentos, teóricos y no ideológicos, por los que considero infundada y errónea la distinción neoconstitucionalista entre principios y reglas. Es cierto: la mía es una teoría de las reglas, como acertadamente escribe BARBERIS, y no de los principios (Ba., 90). En mi léxico todas las normas jurídicas son reglas (D8.1, T8.1) y la tipología de las normas es íntegramente una tipología de las reglas (T4.55-T4.57, T8.21, T8.26, T8.36). En efecto, he identificado las reglas, con mis postulados P7 y P8, con todas aquellas prescripciones de carácter general y abstracto que *disponen* modalidades o expectativas positivas o expectativas negativas, o bien *predisponen* modalidades o expectativas positivas o expectativas negativas o estatus. Y he distinguido las reglas en dos grandes clases: las reglas que disponen o predisponen figuras deónticas como las facultades, los derechos y los deberes, y que he llamado *reglas* o *normas deónticas* (D4.8 y D8.5), y las reglas que disponen o predisponen estatus y que son las *reglas* y las *normas constitutivas*. Las reglas del primer tipo se pueden observar o violar; las reglas del segundo tipo son inviolables [37]. Pero en el Derecho, escribe BARBERIS, también hay principios (Ba., 90). Ciertamente. Sin embargo, en mi tipología, que tiene el defecto de haber sido elaborada independientemente de las teorías de DWORKIN y de ALEXY, los principios también son configurables como reglas: como reglas deónticas, aquellas que he llamado «principios regulativos», y como reglas constitutivas aquellas que he llamado «principios directivos» o «directrices». En efecto, mi noción de regla es mucho más extensa que la empleada en el léxico principalista. Con base en ella son reglas (y normas) deónticas —esta es la tesis dotada de mayores implicancias prácticas— también los principios que enuncian derechos fundamentales, y que denomino «regulativos» porque consisten en normas que atribuyen aquellas particulares figuras deónticas que se pueden observar o violar, que son las expectativas de no lesión o de prestación conferidas universalmente a todos en tanto que personas, ciudadanos, o con capacidad de obrar. Por otro lado, se incluyen entre las reglas (y las normas) constitutivas aquellos principios que he denominado «directrices» y que son constitutivos porque diseñan performativamente la identidad de las instituciones a las que pertenecen sin que sea prefigurable de ellos ninguna violación específica: es el caso de los principios constitucionales antes recordados —como el art. 1 de la Constitución italiana («Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo»)— que expresan la identidad y, por así decir, el *status personae* del Estado italiano.

En el curso de una reciente discusión, incluida sólo en parte en esta publicación, J. RUIZ MANERO me ha dirigido una importante objeción: incluso admitiendo que los principios que enuncian derechos fundamentales son reglas en el mencionado sentido, resta, sin embargo, una diferencia: que en las otras reglas, a diferencia que en los principios, está predeterminado el antecedente, es decir, el presupuesto de hecho al que se conectan sus consecuencias jurídicas. Es verdad: las reglas que predeterminan el ante-

[37] *PrinI,* caps. IV y VIII.

cedente de las consecuencias establecidas en ellas corresponden a la segunda categoría de reglas que he indicado en *Principia iuris* con el postulado P7 [38]: es decir, aquellas que he llamado *reglas* (y *normas*) *hipotéticas*, y que he distinguido en *hipotético-deónticas* e *hipotético-constitutivas*, según que predispongan modalidades o expectativa deónticas, o bien estatus, como *efectos* de los *actos* previstos y predeterminados por ellas: por ejemplo, «en caso que se cometa el crimen tal, entonces existe el deber de aplicar la pena tal»; «si se concluye una compraventa, entonces se consiguen como efectos de ella las obligaciones tales y los derechos correlativos», y similares. Sin embargo, en la otra clase de reglas, la de las reglas que he llamado *reglas téticas* y, en particular, en la subclase de las que he llamado *reglas tético-deónticas*, está empíricamente determinado el consecuente, es decir, el comportamiento o el *acto* que es la *realización* de la *situación* adscrita. Forman parte de esta subclase los principios regulativos que enuncian derechos fundamentales en los que está empíricamente determinado el consecuente, de modo no menos (ni más) exacto de cuanto lo sea el antecedente de las correlativas normas hipotético-deónticas. De ahí las conexiones de los contenidos normativos de las dos clases de reglas —las relaciones de *factibilidad* entre la situación y el acto que es su realización, dispuesta por las reglas tético-deónticas, y las relaciones de *eficacia* entre el acto y la actuación que es su efecto predispuesto por las reglas hipotético-deónticas— en la secuencia de actos y de situaciones, es decir, de realizaciones y de efectos, que he expresado con mis teoremas T6.48-T6.51, T8.81-T8.84 e T12.127-T12.128. En efecto, como muestra mi cuadrado lógico de las expectativas pasivas correlativo al cuadrado lógico de las modalidades activas, las expectativas positivas tienen el mismo argumento de las obligaciones correspondientes y las expectativas negativas tienen el mismo argumento de las prohibiciones correspondientes [39]: el derecho de crédito, por ejemplo, tiene el mismo argumento del correspondiente débito, y la libertad de manifestación del pensamiento equivale a la prohibición de limitar las manifestaciones del pensamiento. El grado de determinación de las reglas tético-deónticas y las de las reglas hipotético-deónticas es, por tanto, exactamente el mismo, dependiendo de la determinación del comportamiento previsto, que en las primeras (las únicas teorizadas por KELSEN con la muy conocida relación «si A, entonces debe ser B») es el antecedente, mientras en la segundas es el consecuente [40]. Por ejemplo, el

[38] Es útil recordar estas elementales asunciones de *PrinI*, Premessa, 89 y §§ 4.5-4.6, 222-228. Según el postulado P7, las reglas «o son ellas mismas modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus, o bien predisponen modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus». Según las definiciones D4.6 y D4.7, son reglas téticas las que «disponen modalidades, o expectativas positivas o negativas, o estatus» y reglas hipotéticas las que «predisponen modalidades, o expectativas positivas o negativas, o estatus» como efectos, donde se trate de normas hipotéticas, de los actos jurídicos que las tienen por causa (T8.33). Cruzando esta distinción con aquélla entre reglas deónticas y reglas constitutivas (D4.8, D4.9, T4.55-T4.56) tendremos cuatro clases de reglas: las reglas tético-deónticas, que disponen ellas mismas modalidades deónticas, o expectativas positivas o negativas (T4.58); las reglas tético-constitutivas, que disponen ellas mismas estatus ónticos (T4.59); las reglas hipotético-deónticas, que predisponen modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas; las reglas hipotético-constitutivas que predisponen estatus ónticos (T4.61). La tipología de las normas jurídicas que son las reglas producidas por los actos jurídicos (D8.1), copia íntegramente la de las reglas (T8.21-T8.29 y T8.36): las normas se distinguen, por tanto, en tético-deónticas, hipotético-deónticas, tético-constitutivas e hipotético-constitutivas (*Prin.I*, § 8.2-8.3, 399-406).

[39] *PrinI*, cap. II, §§ 2.2-2.3, 141-151.

[40] Se trata, precisamente, de las dos conexiones normativas —entre el acto y su efecto que generalmente es una situación jurídica, y entre la situación y su realización jurídica que es siempre un acto jurídico— que en *Principia iuris* he expresado con la relación de eficacia entre los actos y sus efectos (D5.3, T5.35) y con las re-

derecho fundamental (porque *omnium*) a no ser matado, que equivale a la prohibición (*erga omnes*) de matar, tiene la misma determinación de la regla hipotética que quienquiera que mate a una persona es sancionado con una pena determinada. El derecho fundamental (porque *omnium*) al honor, que equivale a la prohibición (*erga omnes*) de ofender el honor de otros es, igualmente, indeterminado como regla hipotética con base en la cual quien injuria o difama, es decir, ofende el honor de otros, es sancionado con una pena determinada.

En suma, el grado de apertura o de indeterminación de las normas no depende del estilo normativo, es decir, de su formulación a modo de reglas que conciben un supuesto de hecho, o de principios que atribuyen una situación, sino de la semántica del lenguaje normativo, es decir, de la determinación del comportamiento que en las normas del primer tipo figura como antecedente de los efectos previstos en ellas, mientras que en las normas del segundo tipo figura como consecuente de la situación jurídica atribuida por ellas. Aparte, los principios directivos, que como he dicho son normas tético-constitutivas que dictan los principios informadores del sistema y no prefiguran específicas violaciones, y los principios regulativos que enuncian derechos fundamentales, es decir, expectativas *omnium*, a su respeto y realización, son no menos vinculantes que las reglas *erga omnes* lógicamente correspondientes que imponen la prohibición de su lesión o la obligación de su satisfacción. Consecuentemente, a mi parecer, se debilita la principal razón por la que son considerados derogables sobre la base de su ponderación con otros principios.

7. PONDERACIÓN, SUBSUNCIÓN Y COMPRENSIÓN EQUITATIVA. LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES

Llego así a la tercera y última de las cuestiones antes señaladas sobre la cual existe un tercer disenso, seguramente dotado de mayores implicancias prácticas, entre el constitucionalismo garantista y el constitucionalismo principalista. La consecuencia más importante de la diferencia estructural instituida por los principalistas entre principios y reglas y, sobre todo, de la extensión que asocian a los primeros hasta incluir tendencialmente a todos los derechos fundamentales y los principios de justicia estipulados en las constituciones, reside en el hecho que los principios son concebidos como normas pasibles no ya de aplicación inderogable como las reglas, sino de balance o ponderación, es decir, de una opción interpretativa en virtud de la cual, siendo ponderados los principios que concurren entre sí, la aplicación en el caso concreto de aquellos (que se creen) con mayor peso o importancia, conlleva la derogabilidad y la no aplicación de los otros.

---

laciones de factibilidad entre las situaciones, consistentes en figuras deónticas y su actuación (D6.2, T6.60). El fallido relieve dado por la teoría del Derecho a esta segunda relación probablemente se deba a la configuración simplificada de los fenómenos normativos propuesta por KELSEN quien, al no distinguir entre el acto normativo y la norma del que es su efecto, identifica solamente la primera de estas dos relaciones, obligándose así a asociar la dimensión deóntica del Derecho (el «Sollen») con aquello que es un nexo lógico de implicación entre el acto y su efecto e impidiendo, además, más allá que el análisis de las relaciones deónticas entre las situaciones y su actuación, la comprensión de la compleja fenomenología del Derecho generada por las secuencias de actos y situaciones, es decir, de relaciones de factibilidad y de eficacia que he expresado, conectando y concatenando las dos relaciones, con los ya citados teoremas T6.48-T6.51, T8.81-T8.84 y T12.127-T12.128.

Es claro que semejante ponderabilidad y derogabilidad de los principios debilita la fuerza normativa y el rol garantista de las normas constitucionales subordinándolas, de hecho, a las elecciones, aunque sean ponderadas por el legislador o por el juez constitucional: que, en breve, conlleva una tendencial inversión de la jerarquía de las fuentes y contradice, como ha observado REDONDO, la sustancia misma del constitucionalismo (Re., 258). Por el contrario, la configuración como reglas de aquellos que he llamado principios regulativos, entre los que pueden incluirse casi todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, exige la rígida aplicación de los actos que son sus realizaciones o violaciones según el clásico modelo de la subsunción. Como he dicho al inicio, se trata de dos maneras distintas de reconstruir sobre el plano teórico la discrecionalidad que está en la base de la interpretación y de la realización del dictado constitucional: de un lado, la elección ponderada entre principios, del otro, la vieja interpretación sistemática del conjunto de las normas aplicables; de un lado, la idea de la concurrencia de muchas normas como conflicto, del otro, su configuración como concurso de normas; de un lado, la derogación de uno de los principios en conflicto, del otro, la aplicación de la norma especial, lógicamente prevalente, donde resulte más específica y pertinente respecto a la norma general. Concretamente, en relación con el poder legislativo, el constitucionalismo garantista se caracteriza por los límites rígidos e inderogables impuestos por las normas constitucionales y, en particular, por las que establecen los derechos fundamentales. En cambio, en relación con el poder judicial, se caracteriza por la configuración siempre como subsunción de la *juris-dictio*, es decir, de los juicios sobre la invalidez de las leyes en contraste con los principios regulativos constitucionalmente establecidos, incluso en los casos en los que tales juicios, por la escasa determinación de los principios aplicados, resulten fuertemente opinables y controvertidos.

En nuestro debate se ha sostenido cierto rol de la ponderación entre principios ante el concurso de normas y, por tanto, de la derogabilidad de los principios de menor peso, incluso por quienes han asumido al respecto las posiciones más moderadas y prudentes. L. PRIETO, tras expresar la exigencia de «reconducir la ponderación a sus justos límites» y de no considerarla una «especie de talismán para justificar los más osados ejercicios interpretativos» y «una fábrica de caprichosas normas o principios» (Pr., 239), propone un ejemplo paradigmático de ponderación: la elección entre «el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones» enunciada en el art. 3, inciso 1.º de la Constitución española y el principio de la «denominada igualdad sustancial» enunciado en el art. 3, inciso 2.º de la Constitución italiana y en el art. 9, inciso 2.º de la Constitución española. El caso en el que PRIETO considera a los dos principios en un conflicto, soluble sólo mediante ponderación, y que me parece en cambio un caso «de aplicación ordinaria de reglas», es el de las acciones positivas a favor de la mujer y, más en general, de grupos de personas discriminadas de hecho (Pr., 239). Según PRIETO, medidas de este tipo son «violaciones» del principio de igualdad formal, algunas aceptables en virtud de la aplicación del distinto principio de igualdad sustancial pero otras, en cambio, inaceptables, por lo que la decisión sobre su aceptabilidad o no «depende de un juicio de ponderación» ampliamente discrecional (Pr., 239). Pienso, al contrario, que la igualdad sustancial no está prescrita por un principio en conflicto o siquiera distinto del principio de igualdad formal sino que es simplemente la efectividad (o, en todo caso, un grado relevante de efectividad) de tal principio y que, por tanto,

tales medidas no son sino garantías del principio de igualdad y de la consiguiente prohibición de discriminaciones. En efecto, el principio de igualdad es una norma que impone la no discriminación de las diferencias personales como las diferencias de sexo, nacionalidad, religión y similares. Sin embargo, si atendemos a los hechos, debemos reconocer que estas discriminaciones son practicadas en la realidad en violación de su prohibición como muestran, por ejemplo, los bajísimos porcentajes de mujeres elegidas en el Parlamento italiano. Por esto, una vez admitido que, de hecho, entre hombres y mujeres suceden discriminaciones no justificadas por razones de mérito, medidas como las acciones positivas a favor de los sujetos discriminados no sólo no son violaciones del principio de igualdad sino que, al contrario, son garantías de efectividad de dicho principio impuestas como debidas [41]. Ante tales medidas garantistas, entonces, no hay espacio para la ponderación judicial al no existir distinción ni mucho menos oposición entre principios. Una cuestión completamente distinta, incluida en la fisiología del control de constitucionalidad, es la valoración concreta de las circunstancias de hecho: si una determinada medida es compatible o incompatible con el principio de igualdad sobre la base de los juicios, siempre opinables, acerca de la inexistencia o existencia de las supuestas discriminaciones.

A su turno, Á. RÓDENAS admite la subsunción en los casos evidentes de invalidez sustancial «de corto alcance» (Ro., § 2, 267-268) pero la excluye en los casos no evidentes «de largo alcance» (Ro., § 3, 268-269) como el de la ley orgánica española núm. 8 de 1985 que prevé financiamientos para las escuelas privadas y que, por tanto, es considerada por algunos como realización del art. 27, inciso 3.º de la Constitución sobre el derecho de los padres que a sus hijos se les imparta una educación religiosa y moral conforme a sus convicciones, mientras que para otros está en contradicción con el principio de laicidad y aconfesionalidad del Estado (Ro., 269-271). Pero esto es simplemente un caso (relativamente) difícil en el que se maximiza su carácter opinable y, por tanto, la discrecionalidad del intérprete constitucional. Considero que para explicarlo no es en absoluto necesario recurrir a la ponderación. En Italia, una ley como la recordada sería ciertamente inconstitucional, al no estar previsto en la Constitución italiana el derecho de los padres previsto en el art. 27, inciso 3.º de la Constitución española y estando, en cambio, explícitamente prohibido por el art. 33, inciso 3.º, que la educación privada conlleve «gastos para el Estado». En España, en cambio, ambas tesis, la de la inconstitucionalidad y la de la constitucionalidad de la ley, son razonablemente argumentables con base en la Constitución. Se puede afirmar la tesis de la constitucionalidad sobre la base del mencionado art. 27, inciso 3.º, interpretado como un límite al principio de laicidad, o bien, se puede afirmar la tesis de la inconstitucionalidad con el argumento sostenido por RÓDENAS que la ley lesiona el principio de neutralidad del Estado y de la igualdad de los credos religiosos previsto en el art. 16, inciso 3.º —y, añadiría, el derecho de los niños a una educación que, según el art. 27, inciso 2.º, debe estar dirigida al «pleno desarrollo de la personalidad humana»—, mientras el derecho previsto en el inciso 3.º del art. 27 no incluye para nada un derecho social al financiamiento público sino que es sólo el derecho de libertad de los padres «para que

[41] En este sentido, *vid.* L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto.* A. FACCHI, C. FARALLI y T. PITCH (eds.), Bologna, Il Mulino, 2005. Cfr., también, de mi autoría, «La igualdad y su garantía», en A. RUIZ MIGUEL y A. MACÍA MORILLO (eds.), *Desafíos de la igualdad. Desafíos a la igualdad*, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 13, 2009, 311-325.

sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» a través de la instrucción doméstica o la ofrecida por las parroquias o las asociaciones religiosas. Pues bien, no veo por qué la solución de este dilema requiera la ponderación. En efecto, los casos son sólo dos: o se sostiene, con razón o sin ella, que el derecho de los padres previsto en el art. 27 no incluye también el derecho social al financiamiento público de las escuelas privadas, a la luz de los principios de laicidad, de igualdad y del derecho a una educación dirigida al desarrollo de la personalidad, o bien se sostiene lo contrario, sobre la base de la tesis que tal derecho sea un límite, y por ello una norma especial, respecto a todos los demás principios antes enumerados. Se trata, en ambos casos, de verdades opinables, racionalmente ambas argumentables con base en la interpretación sistemática, como son siempre relativamente opinables las verdades jurídicas en todos los casos de concurso de normas y, más en general, de indeterminación semántica.

En efecto, estoy muy lejos de sostener, como me hace decir RUIZ MIGUEL que dado que pienso que los conflictos entre derechos son mucho menos frecuentes de cuanto sugiere el constitucionalismo principalista, entonces existe una única solución correcta (RM., 287). El juego del Derecho viviente, a causa de la inevitable discrecionalidad de la interpretación, es exactamente lo opuesto de la única solución: de una misma norma, independientemente de sus posibles conflictos con otras, pueden ser determinadas interpretaciones distintas y a veces opuestas, como muestra el debate en cualquier proceso y las distintas orientaciones en la jurisprudencia y de la doctrina. Lo único de lo que estoy convencido es que para explicar la discrecionalidad interpretativa y la necesidad de motivarla y argumentar su ejercicio, no sólo no es necesario sino erróneo el recurso a la ponderación entre principios, es decir, a la derogación de un principio sobre la base de la elección ponderada y argumentada por algún otro. Sería como decir que en presencia de una circunstancia eximente, como por ejemplo el estado de necesidad, haría falta realizar una ponderación entre la norma sobre el estado de necesidad y la norma que prevé el delito, en lugar de, simplemente, subsumir o no el hecho sometido a juicio en la norma sobre el estado de necesidad, con base en la valoración equitativa de las circunstancias del primero y de la interpretación de la segunda, la una y la otra argumentadas lo más racionalmente posible.

Rechazo por tanto la crítica planteada por A. GREPPI, según la cual mi constitucionalismo no concedería un gran espacio al análisis de los problemas de la argumentación jurídica (Gr., 141). No es la primera vez que se me dirige esta crítica[42]. Admito no haberme ocupado nunca de la teoría de la argumentación. Pero esto no quiere decir que no reconozca el enorme espacio que tiene la argumentación en la teoría del Derecho, en la dogmática y en la práctica jurídica. En el curso de mi trabajo he identificado al menos tres espacios distintos de poder y, consecuentemente, de la argumentación jurídica, que recordaré brevemente. El primer espacio es el que interviene en la argumentación, sea doctrinal u operativa, de los enunciados normativos del Derecho positivo, es decir, de la argumentación de las tesis aceptadas y acreditadas como «verdades jurídicas», aunque sean inevitablemente opinables: es el espacio estudiado por las tra-

[42] R. GUASTINI, «Algunos aspectos de la metateoría de *Principia iuris*», en *Doxa,* núm. 31, 2008, § 1, 255; M. ATIENZA, *Tesis sobre Ferrajoli*, *ibid.*, § 7, 215. *Vid.* también mi réplica, Principia iuris. *Una discusión teórica*, *ibid.*, 405-406.

dicionales teorías de la argumentación y privilegiado aún por las principales teorías de la argumentación. El segundo espacio es aquél, mucho más descuidado, que interviene en la argumentación probatoria, es decir, en el razonamiento inductivo con el que, sobre la base de pruebas y contrapruebas, son aceptadas o acreditadas, aunque inevitablemente de forma probabilística, las denominadas «verdades fácticas», verificadas en el curso de un proceso sobre el fondo. El tercer espacio, sustancialmente ignorado sea por la doctrina como en la práctica, es el que interviene también en un proceso sobre el fondo en la argumentación de lo que he llamado la dimensión equitativa del juicio, es decir, en la valoración y en la comprensión de los rasgos y de las circunstancias singulares e irrepetibles que hacen de cada caso concreto un caso distinto de todos los demás, incluso si quedan comprendidos, al igual que infinitos otros, en el mismo supuesto de hecho normativo [43].

Es en este último espacio, el de la valoración equitativa, que a mi parecer interviene la única ponderación admisible: consistente en la comprensión y en la connotación equitativa de los casos sometidos a juicio, es decir, en una ponderación que tiene por objeto no ya las normas de principio sino las específicas circunstancias de hecho que hacen de cada caso uno distinto de todos los otros, aunque todos sean subsumibles en el mismo supuesto de hecho normativo. Sin embargo, en nuestro debate se han expresado muchos malentendidos sobre la comprensión equitativa y sobre la ponderación y la valoración de las señas particulares de los hechos juzgados. M. ATIENZA ha vuelto a proponer la vieja idea, que he criticado, de la equidad como justicia del caso concreto en oposición a la legalidad y, por tanto, como fruto de la ponderación entre certeza y justicia sustancial (At., 79 y ss., 87). A. RUIZ MIGUEL ha confundido la valoración y la ponderación equitativa de las circunstancias singulares del hecho sometido a juicio con la subsunción y, específicamente, con la que llama «interpretación aplicativa» (RM., 24), donde tales circunstancias son justamente aquellas no previstas en la ley y, por tanto, no son subsumibles en ella pero que, sin embargo, ameritan una específica valoración y ponderación dado que sirven para connotar el caso concreto como distinto de todos los demás, aunque subsumibles en la misma figura normativa. En este sentido, la equidad es una dimensión del juicio que no se opone a la legalidad y a la certeza, incluso no teniendo nada que ver con la una ni con la otra. Finalmente, J. MORESO ha equiparado la «connotación equitativa» de los hechos que intervienen en cada juicio sobre el fondo con la que R. ALEXY denomina «ponderación» o «balance»: «se trata exactamente de la misma actividad», añade, más allá del hecho que «cada autor genera su léxico preferido» (Mo., 194).

En efecto, podríamos preguntarnos en sustento de esta última tesis: ¿Qué se entiende por la afirmación de ALEXY «que en los casos concretos los principios tienen un

---

[43] De estos tres espacios, correspondientes a otras tantas formas de discrecionalidad —el primero, competencia de las disciplinas jurídicas positivas y de las jurisdicciones de legitimidad, y todos ellos inevitablemente presentes en las jurisdicciones sobre el fondo—, me he ocupado en los §§ 9, 10 y 11 de *Derecho y razón*, cit., 117-166. Existe, luego, un cuarto espacio abierto a la argumentación, inevitablemente presente en la construcción de la teoría del Derecho, sobre todo si es axiomatizada: es el espacio de las elecciones que intervienen en la argumentación y en la motivación de sus asunciones teóricas primitivas —es decir, de los postulados y de las definiciones— las cuales, como he sostenido muchas veces, no son ni verdaderas ni falsas, sino tan sólo más o menos justificadas sobre la base de su fecundidad explicativa, es decir, de su idoneidad para producir una teoría provista de un alcance empírico adecuado.

peso distinto y que prevalece el principio que tiene un mayor peso»[44] o por la «concretización de los principios» de la que habla G. ZAGREBELSKY[45], sino que la ponderación es realizada sobre la base de las específicas e irrepetibles circunstancias del caso concreto sometido a juicio? Pero es claro que no se trata en absoluto de una discrepancia terminológica. Se trata en cambio de una discrepancia de carácter epistemológico y teórico, a mi parecer, fruto de un error de las tesis principalistas. En efecto, una cosa es decir que en los casos concretos los jueces valoran y ponderan los principios normativos subordinando así los juicios a las normas que deben ser aplicadas y otra cosa es decir que ellos valoran y ponderan las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación. La diferencia consiste en el hecho que la equidad —que he caracterizado como dimensión necesaria de cada juicio, relacionada con la circunstancia trivial que cada hecho (por ejemplo, cada robo) es distinto de todos los otros, aunque todos sean subsumibles en la regla que lo prevé (en nuestro ejemplo, la norma penal sobre el robo)— requiere la valoración y la ponderación judicial de las rasgos concretos e irrepetibles de los hechos juzgados, que son siempre distintos el uno del otro, y no ya de las normas a aplicar, sean estas reglas o principios, que son siempre las mismas.

A los fines de nuestra discusión puede ser útil distinguir entre *ponderación equitativa simple* y *ponderación equitativa compleja*. La primera interviene en la aplicación de una norma singular: por ejemplo, en la valoración de la gravedad del delito con el fin de determinar la pena o en la valoración, y por tanto en la ponderación de las pruebas, de los indicios y de las contrapruebas, a los fines del juicio de culpabilidad o de absolución, o bien, en la valoración o en la ponderación de la medida del daño provocado por un acto ilícito a fin de resarcirlo. La ponderación equitativa compleja interviene, en cambio, en el supuesto de concurso de normas: como en el juicio de prevalencia o de equivalencia entre atenuantes y agravantes; o en la ponderación requerida con el fin de aplicar los eximentes en el juicio de proporcionalidad entre la gravedad del agravio, de un lado, y la legítima defensa o el estado de necesidad, del otro; o en la valoración y en el balance del concurso de culpa entre muchos sujetos con el fin de resarcir el daño. MORESO añade la valoración de los vicios de consentimiento como causales de nulidad de los contratos y las propias reglas de la vida cotidiana, como la recomendación a la secretaria de no molestarlo al teléfono mientras está escribiendo, que obviamente no excluye el deber y la regla de pasarle las llamadas que ella considere importantes y urgentes. Pero también en esta segunda hipótesis, la de la ponderación equitativa compleja que implica la interpretación de más normas, el balance equitativo no es entre reglas o principios sino entre hechos o circunstancias de hecho; no excluye la subsunción, es decir, la *iuris-dictio* sino que simplemente la precede como ejercicio de *iuris-prudentia* del mismo modo como la aceptación y valoración de los hechos precede siempre, lógicamente, a su calificación jurídica.

J. MORESO declara acertadamente que el ideal ilustrado de la certeza del Derecho no debe excluir excepciones a las reglas en situaciones en las que no se justifica su apli-

---

[44] R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* 1985, trad. cast. de C. BERNAL, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III, 89.

[45] G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. VI, 218. «Exigido por la imprevisible y no predeterminable riqueza de los casos, el principio es generativo de un número igualmente imprevisible y no predeterminable de normas particulares» (*ibid.*, 218-219).

cación (Mo., 193-194): como la legítima defensa, las llamadas importantes o los otros casos antes ejemplificados. De acuerdo, el Derecho, todo el Derecho, es un sistema complejo en el que muchas normas formuladas a veces en términos vagos y valorativos como los empleados por las actuales constituciones democráticas, concurren en la regulación de los mismos hechos, permitiendo interpretaciones distintas y, a veces opuestas, basadas a menudo sobre los juicios de valor inevitablemente discrecionales. Puede suceder también, como escribe G. PINO, que muchos derechos fundamentales, incluso proclamados por principios regulativos, incorporan excepciones y limitaciones provenientes de principios directivos: «orden público», «buenas costumbres», «utilidad social», «dignidad humana», «motivos de sanidad o de seguridad» (Pi., 218), sin embargo, deben añadirse estas excepciones si y sólo si están expresamente formuladas en la constitución. No entiendo, sin embargo, por qué esta complejidad normativa y esta discrecionalidad del juicio, que ningún positivista ha negado jamás y ninguna formulación normativa por más rigurosa que sea ha podido anular, debería conllevar la superación o la integración del positivismo jurídico, el objetivismo moral, la conexión entre Derecho y moral, la distinción cualitativa entre principios y reglas, el conflicto entre principios, y la ponderación como modelo argumentativo privilegiado. Y me pregunto por qué nunca se ha recurrido a todas estas complejidades a propósito de los principios fundamentales, por ejemplo, del Derecho penal que es ciertamente el terreno sobre el cual se ha admitido siempre el balance, mejor dicho, tipos de balances fácticos, pero con referencia a los cuales nos mantenemos todos positivistas. Ante estas tesis sobre conflictos entre principios y sobre la excepción y la derogabilidad a los que siempre estarían expuestos los derechos constitucionalmente garantizados, me viene a la mente los icásticos juicios de K. MARX quien, comentando la Constitución francesa del 4 de noviembre de 1848, escribía que «cada artículo de la Constitución contiene su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja. En la frase general, la libertad; en el comentario adicional, la anulación de la libertad» [46]: contiene la proclamación de los principios y de los derechos en forma, precisamente, de principio, salvo luego la previsión de su derogación donde lo requieran, por ejemplo, razones de seguridad, de emergencia o de orden público.

El rol del constitucionalismo rígido es, evidentemente, el de impedir o al menos de limitar y precisar lo más posible esta ventaja de la Cámara baja de las excepciones sobre la Cámara alta de los principios, anteponiendo a todos los poderes constituidos, incluso al poder legislativo, lo que he llamado «la esfera de lo indecidible (o que no)» perfilada por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. A los poderes políticos les está reservado lo que he llamado «la esfera de lo decidible» que, sin embargo, no es para nada una esfera restringida. En efecto, no es cierto lo que escribe M. BARBERIS: «Si la constitución estuviese compuesta sólo por reglas —como FERRAJOLI está obligado a sostener a partir del sistema deductivo elaborado en Pi1— entonces al Parlamento no le quedaría función alguna, salvo quizás la de actuar los principios

[46] K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte,* 1852, trad. cast. de O. P. SAFONT, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1971, 31. La misma tesis fue expresada por K. MARX, «La Costituzione della Repubblica francese approvata il 4 novembre 1848», 1851, en *Id., Opere*, Roma, Editori Riuniti, 1977, vol. X, 592, donde la Constitución francesa del '48 era llamada «un conjunto de bellas palabras que esconden una intención falaz de temer. Ya en el mismo modo en el que es formulada, es imposible infringirla, porque cada una de sus normas contiene su propia antítesis».

programáticos: para deducir, de hecho, no hay necesidad del Parlamento, alcanza con un hombre cualquiera, siempre que dotado de razón» (Ba., 93). La esfera de lo decidible equivale al espacio de las innumerables e imprevisibles elecciones abiertas a la autonomía del poder político que no requiere únicamente la no violación ni ciertamente la actuación mecánica de los límites y de los vínculos constitucionales. Concretamente, los *límites* (o las *prohibiciones*) impuestos a la política por los derechos fundamentales y, en particular, por los derechos de libertad solamente exigen al legislador lo que he llamado el «respeto» (D9.35) de las normas constitucionales por parte de las leyes producidas, es decir, la compatibilidad de las segundas con las primeras, que es una figura muy distinta de la «aplicación sustancial» (D9.34, D9.37) realizada, en cambio, por la jurisdicción, sea ordinaria como constitucional, mediante la subsunción de los hechos jurídicos en las normas que los prevén [47]. Por otro lado, los *vínculos* (o las *obligaciones*) impuestos a la política por los derechos fundamentales, y en particular por los derechos sociales, requieren un rol activo del legislador en la introducción de las garantías relativas —por ejemplo, de la salud o de la educación— que, a su vez, están largamente indeterminadas, no estando predeterminados los medios sino sólo los resultados de su satisfacción [48]. Esto quiere decir que los principios regulativos limitan a la política solamente en su esfera ilegítima, formando parte de su esfera legítima tanto el poder de tomar cualquier decisión que no consista en leyes inválidas por contravenir los límites como la elección de los medios considerados más adecuados para la realización de los vínculos constitucionales.

Se soluciona así la cuestión planteada por L. HIERRO sobre la relación entre los poderes públicos. El carácter normativo de la Constitución, dice HIERRO, se resuelve en las democracias constitucionales no tanto en lo que dice la Constitución sino en lo que los jueces consideran que dice la Constitución, en desacuerdo quizás con lo que la mayoría parlamentaria considera que dice la Constitución (Hi., 160). La pregunta que me dirige HIERRO, y que a su parecer yo habría eludido siempre, concierne a la solución de los dilemas interpretativos y de los conflictos entre derechos: ¿Quién tiene, o mejor, quién debe tener la última palabra sobre aquello que establecen las constituciones? Respondo, sin titubeos, que la última palabra sobre la invalidez constitucional de las leyes debe corresponder a los jueces y solamente a ellos, ya que esta palabra no concierne a (y, por tanto, no interfiere en) la esfera legítima de la política sino a su esfera ilegítima. Si la última palabra estuviese reservada al legislador, como en el antiguo *référé legislatif*, el legislador estaría llamado a juzgar en causa propia, el controlador se confundiría con el controlado y los límites a la omnipotencia de la mayoría se desvanecerían en la simple auto-limitación conforme al viejo modelo del Estado legislativo de Derecho [49]. Por tanto, no está en «contradicción» con el principio democrático sino, por el contrario, ahí está implicada la atribución «a un órgano no democrático la decisión sobre qué cabe y qué no cabe dentro de la constitución» (Hi., 162): porque dicha

[47] *PrinI*, §§ 9.15-9.16, 525-534.

[48] Sobre la cuestión, *vid.* también *Derecho y razón*, cit., cap. 14, § 60, 4, 915-916.

[49] Recuérdese las tesis de G. JELLINEK y de S. ROMANO sobre los «derechos públicos subjetivos» como producto de «una auto-obligación» o «auto-limitación» del Estado (G. JELLINEK, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, trad. it. de G. VITAGLIANO, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, Società Editrice Libraria, 1912, 215 y ss.; S. ROMANO, «La teoria dei diritti pubblici soggettivi», en V. E. ORLANDO, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libraria, 1900, vol. I, 159-163).

decisión consiste, precisamente, en la *iuris-dictio* y no en la *legis-latio*, es decir, en la verificación de la incompatibilidad con la constitución de las normas producidas y no en la producción de nuevas normas, y porque si la razón y el sentido de la democracia constitucional residen en la limitación del poder y en el control de los abusos de la mayoría, entonces la legitimación de quién está llamado a comprobar tales abusos no puede ser de tipo democrático sino garantista; no puede consistir en el consenso popular o en la representatividad política sino en la aplicación de la ley; no puede fundarse en la voluntad de la mayoría sino en la verdad procesal, incluso si es relativa u opinable, en los distintos niveles del ordenamiento. De ahí la necesidad de la separación y de la independencia del poder judicial, en primer lugar, del poder político, dado que un juez debe ser capaz de aplicar la ley con conocimiento de causa, incluso contra la voluntad de la mayoría, que no garantiza sino que puede condicionar y deformar la correcta verificación de la verdad procesal.

Todo esto vale para cualquier jurisdicción digna de este nombre. Vale también para la jurisdicción constitucional a la que RUIZ MIGUEL me ha reprochado el haber ampliado el modelo tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción penal (RM., 286), dado que la jurisdicción es tal en cuanto es, al menos tendencialmente, *juris-dictio*, es decir comprobación del Derecho y de sus violaciones. Ciertamente este es un modelo límite y regulativo de la actividad jurisdiccional, cuya realización es siempre una cuestión de grado y que bien puede ser negado y violado en defecto de garantías idóneas. Ciertamente, la discrecionalidad interpretativa en la aplicación judicial de la ley representa una aporía en la lógica del Estado de Derecho que es ante todo reconocida y luego reducida, cuando no removida, mediante adecuadas garantías sustanciales y procesales. Pero la diferencia entre el constitucionalismo principalista y el constitucionalismo garantista no consiste, como escribe LAPORTA (Lap., 178), en el hecho que el principalista se abandona explícita y honestamente a la ponderación mientras que el garantista «hace exactamente lo mismo» pero ocultándolo, engañándose y engañando de ser la «boca a través de la cual habla la constitución». Esta es una caricatura del garantismo. La diferencia entre las dos orientaciones consiste en el hecho que la idea del balance y de la derogabilidad de los principios, como escribe C. REDONDO (Re., 256 y ss.), equivale a hacer vano el paradigma constitucional y se revela, consecuentemente, en el vaciamiento del propio modelo del Estado de Derecho, mientras que el cognoscitivismo judicial, suponiendo una total pero imposible determinación semántica de las normas a aplicar, equivale a un modelo límite nunca plenamente realizado ni realizable y, por tanto, a una fuente de legitimación de la jurisdicción que debemos reconocer como siempre relativa e imperfecta.

Por esto, siempre me he referido a un mayor o menor grado de legitimidad (y de ilegitimidad) del poder judicial respecto a sus fuentes de legitimación. Por lo demás, como he sostenido muchas veces, en la democracia constitucional la ilegitimidad (externa o política, más allá que interna o jurídica) respecto a sus fuentes de legitimación, une a todos los poderes públicos: no sólo al poder de los jueces, debido al carácter relativo y convencional de la aplicación de la ley y de la «verdad procesal» sino también al de los políticos y del gobierno, debido al carácter igualmente imperfecto y convencional de su representatividad política, más allá de su lealtad constitucional. Considero, más bien, esta virtual y tendencial ilegitimidad de los poderes, lo mismo que con las

lagunas y las antinomias estructurales, no ya como una contradicción en sus términos que rompería la unidad del sistema, según la tesis de KELSEN [50], y tampoco solamente como un defecto no del todo evitable sino también, con aparente paradoja, como la mayor virtud del paradigma constitucional, equivaliendo su conocimiento a un factor de salud institucional: sólo en los Estados absolutos, en los cuales es legítimo *quod principi placuit*, la legitimación del poder es perfecta y absoluta [51].

Por el contrario, me parecen inquietantes y regresivos —en el sentido literal de regresión al Derecho premoderno— los éxitos del constitucionalismo principalista coherentemente entendido. Quien ha explicitado estos éxitos de la manera más consecuente ha sido A. GARCÍA FIGUEROA, quien ha concluido su intervención con la exaltación de la razón práctica según el viejo modelo sapiencial del Derecho como «razón práctica» (GF, 137-138) [52]. En efecto, GARCÍA FIGUEROA niega la distinción entre principios y reglas sosteniendo la tesis, opuesta a la sostenida aquí, que todas las normas, incluso las reglas, son derogables y ponderables. Propone dos casos como ejemplos de casos difíciles o excepcionales. El primero es el caso Noara —una niña que sólo puede salvar su vida gracias a una donación de órganos, impedida sin embargo para los menores por el art. 4 de la ley núm. 30 de 1979 y, por tanto, también a la madre que tenía tan sólo dieciséis años— resuelto por el juez con la autorización de la donación. El segundo caso es el proceso de Nuremberg, que fue ciertamente una excepción a la legalidad ordinaria y al principio de juez natural. Pues bien, GARCÍA FIGUEROA sostiene, sobre la base de estos dos casos, ambos independientes de la constitución y del constitucionalismo, que «la derrotabilidad o, si se quiere, la ponderabilidad de cualquier norma» es un rasgo característico del Estado constitucional (GF, 136), cuyas normas no serían, por tanto, configurables como reglas inderogables. La tesis de la derogabilidad sobre la base de «razones» debería, por tanto, extenderse a cualquier experiencia jurídica y a cualquier caso, salvo los casos de reglas irracionales como el mencionado por Gaio a propósito de los distintos efectos ligados a la pronunciación de la palabra «arbora» en lugar de «viniae» (GF, 134). Pero esto, a mi parecer, equivale a promover una teoría del Derecho basada en la emergencia y en la excepción y, de hecho, el derrumbe de la normatividad, no sólo de las constituciones sino de la legalidad en cuanto tal (GF, 135). En estas concepciones asoma el signo neopandectístico y realista de un retorno al Derecho premoderno, jurisprudencial y sapiencial, desvinculado a la ley de la voluntad e íntegramente confiado a la «razón práctica», es decir, a la ley de la razón: de una razón, sin embargo, que no es más la del legislador ordinario o constitucional, sino la de los jueces y de los juristas teóricos [53].

(Traducción de Félix Morales Luna)

---

[50] Recuérdese el pasaje de *La Teoría pura,* cit., *supra,* en la nota 14.

[51] *PrinII*, § 14.12, 212-213 y § 15.1, 300-301.

[52] Parece la *ratio* de la que habla HOBBES, refiriéndose a la tesis de sir E. COKE «*que nihil, quod est contra rationem, est licitum*, es decir "nada que sea contrario a la razón es Derecho" y "que el Derecho común no es sino la razón", y repetía la antigua máxima ciceroniana *"lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens"*» (*Diálogo,* cit., 5).

[53] Recuérdese las palabras con las que HOBBES sustenta el paso del Derecho jurisprudencial premoderno al moderno principio de legalidad: «Nuestros juristas están de acuerdo en que la ley nunca puede ir contra la razón [...] pero la cuestión está en averiguar de quién será la razón que debemos tomar por ley. No puede tratarse de una razón privada cualquiera; pues, si así fuese, habría tanta contradicción entre las leyes como la que se da entre las diferentes escuelas. Tampoco puede tratarse, como quiere Sir E. COKE, de una *perfección artificial*

de la razón, adquirida mediante largo estudio, observación y experiencia, como lo fue la suya [...] las razones discordantes de quienes dedican al estudio igual tiempo y diligencia, serán y permanecerán siempre discordantes. Por tanto, lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado, y lo que él manda» [T. HOBBES, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, ed. de R. SANTI, *Leviatano*, con texto inglés de 1651 y texto latino de 1668, Milano, Bompiani, 2001, cap. XXVI, §§ 11 (7), 438-439 (trad. cast., de C. MELLIZO, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 1989, 235)].