

EL CONSTITUCIONALISMO ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS *

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma III

RESUMEN. En este texto el autor retoma el debate desarrollado en el número anterior de *Doxa* a partir de su artículo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista». Vuelve así a defender la tesis de la separación entre derecho y moral y el no cognitivismo ético; propone una redefinición de los conceptos de regla y de principio como base para sostener que los derechos fundamentales son tanto reglas objeto de aplicación como principios objeto de argumentación. Sostiene que buena parte de los conflictos entre principios son susceptibles de «soluciones en abstracto», que evitan la necesidad de ponderación; la resolución de otros conflictos de este género depende, en cambio, a su juicio, no de la ponderación entre las normas involucradas, sino de la ponderación de las circunstancias singulares de los casos en presencia.

Palabras clave: constitucionalismo, cognitivismo ético, reglas, principios, «soluciones en abstracto», «ponderación equitativa».

ABSTRACT. In this text the author resumes the debate that was developed on his paper «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» in the previous issue of *Doxa*. So he defends again the theses of the separation between law and morality and the ethical non-cognitivism; he proposes a redefinition of the concepts of rule and principle as basis to hold that fundamental rights are simultaneously both rules to be applied and principles object of argumentation. The author argues that most conflicts between principles are susceptible of «abstract solutions», thus they do not require any balancing. Even if such balancing is sometimes required for the resolution of other conflicts of this genre this is not, however, a balancing of the rules involved but a balancing of the unique circumstances of the cases at hand.

Keywords: constitutionalism, ethical cognitivism, rules, principles, «abstract solutions», «equitable balancing».

* Fecha de recepción: 14 de octubre de 2012. Fecha de aceptación: 13 de noviembre de 2012.

1. CONCEPCIONES DEL CONSTITUCIONALISMO. DOS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

El debate sobre el constitucionalismo desarrollado en el último número de esta revista ha tenido el mérito de confrontar las diversas concepciones que hoy existen en la materia. La anclada en el tradicional paradigma paleopositivista, según la cual las constituciones rígidas se habrían limitado a injertar un nuevo nivel en la estructura en grados del viejo estado legislativo de derecho sin alterar el modelo normativo; la opuesta y hoy prevaleciente pospositivista y tendencialmente neousnaturalista, según la cual los principios morales de justicia introducidos en las constituciones —objeto de ponderación y no, como las reglas, de aplicación mediante subsunción— habrían restablecido la conexión premoderna de derecho y moral y puesto fin a la separación entre las dos esferas producida en el derecho moderno con la afirmación del paradigma positivista; y la que, en fin, he llamado «garantista», según la cual el constitucionalismo es el fruto de un cambio de paradigma, tanto del derecho y de la democracia como de la ciencia jurídica, consistente en la positivización de límites y vínculos a la producción normativa en su conjunto, bajo la forma de principios y derechos fundamentales, que, casi todos, se comportan exactamente como las reglas frente a sus violaciones. De este modo, el constitucionalismo garantista resulta ser la plena realización tanto del positivismo jurídico como del estado de derecho, pues en su virtud todo poder, incluido el legislativo, está sometido al derecho, es decir, a normas, formales y sustanciales, dirigidas en primer término a limitar y vincular su ejercicio, y en un segundo momento a censurar y remover sus violaciones. De aquí se sigue una virtual ilegitimidad del derecho positivo vigente, que la ciencia jurídica debe constatar y la jurisdicción y la política corregir y reparar.

Pero nuestro debate ha tenido, al menos para mí, otro mérito aún más importante. La discusión, además de inducirme a precisar, aclarar y en algunos casos corregir las tesis que inicialmente sostenía, ha servido, a mi juicio, para eliminar ciertas incomprendiciones recíprocas y también para reducir disensos y divergencias debidos, sobre todo en ocasiones, a la diversidad de los aparatos conceptuales utilizados. Lo que me propongo en este artículo, dedicado a la segunda de las aludidas concepciones del constitucionalismo, es mostrar algunas de sus posibles convergencias con el constitucionalismo garantista, una vez redefinidas ciertas categorías de estos diversos aparatos.

En el ensayo *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* que abrió nuestra discusión presenté los principios constitucionales como *normas sustanciales* sobre la producción normativa¹. Tales principios, y en particular los derechos fundamentales que consagran, son en primer lugar «normas», al estar atribuidos inmediatamente con carácter general y abstracto a sus titulares; a diferencia de los derechos patrimoniales, como el derecho real de propiedad o el de crédito, que son, en cambio,

¹ Según la definición D9.12 de «normas sustanciales» formulada en *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, 3 vols., Roma-Bari, Laterza, 2007, trad. esp. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, M. GASCÓN ABELLÁN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011 (por la que se citará), vol. I, cap. IX, § 9.7, 488-492 (en adelante, los tres volúmenes: I, *Teoría del derecho*; II, *Teoría de la democracia*; III, *La sintaxis del derecho*, se indicarán como *PiI*, *PiII* e *PiIII*, y las definiciones y los teoremas con las letras D y T seguidas de numeración progresiva).

pre-dispuestos por las normas que los regulan como efectos de los actos singulares previstos en ellas. En segundo lugar, son normas «sustanciales» sobre la producción de normas, en el sentido de que disciplinan no la forma, sino el significado, esto es, la sustancia de las normas producidas, condicionando su validez a la coherencia con los derechos y los principios de justicia formulados en ellas.

Estas dos tesis suscitan dos importantes cuestiones teóricas. La primera se refiere a la naturaleza de las *normas* en que consisten los derechos fundamentales: si se trata de «reglas», o bien de «principios» en potencial conflicto, resoluble en cada caso merced a su «ponderación». La segunda tiene que ver con la naturaleza de sus significados o contenidos *sustanciales*: si tales contenidos, al consistir en principios ético-políticos de justicia, han restablecido o no la «conexión entre el derecho y la moral», contradiciendo el principio positivista de la separación de las dos esferas. Sobre ambas cuestiones sostendré dos tesis opuestas a otras tantas tesis de fondo que caracterizan la concepción del constitucionalismo que hoy prevalece, la pospositivista, denominada por lo común «neoconstitucionalista» y que yo he llamado principialista². En primer lugar, el carácter de reglas de la mayor parte de las normas que enuncian derechos fundamentales, en oposición a su consideración habitual de principios, objeto de ponderación y no de aplicación; en segundo lugar, la separación de derecho y moral que a mi juicio, en contra de la tesis de la conexión, no desaparece con la sustancia democrática injertada en las constituciones por tales derechos. En lo que sigue, ilustraré ambas tesis, que tienen considerable alcance para una teoría normativa, no solo de la democracia constitucional sino también de la democracia política.

2. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS TESIS DE LA CONEXIÓN Y DE LA SEPARACIÓN DEL DERECHO Y LA MORAL

Los derechos fundamentales, y en general todos los principios establecidos en las actuales constituciones, consisten claramente en valores morales y políticos de justicia altamente compartibles. De aquí, según muchos autores, la idea de que su constitucionalización ha hecho insostenible el principio positivista de la separación de derecho y moral y restablecido la conexión entre las dos esferas³. ¿Qué entienden, con esta

² He criticado esta concepción del constitucionalismo oponiéndole el enfoque garantista, en el ensayo citado y además en la réplica del debate a que dio lugar —«Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *Doxa*, núm. 34, 2011, 15-53, y «El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», *ibid.*, 311-361, en los que he cuestionado también el enfoque paleopositivista— en «*Principia iuris*. Una discusión teórica», en *Doxa*, núm. 31, 2008, § 1.3, 402-403, donde he retomado e ilustrado las diferencias entre las dos aproximaciones ya puestas de relieve por L. PRIETO SANCHIS, «*Principia iuris*: una teoría del derecho no neo-constitucionalista para el Estado constitucional», *ibid.*, 325-353, y, con mayor amplitud, en *Intorno a «Principia iuris». Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, § 14.1.4, en P. DI LUCIA (ed.), *Assiomatologia del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011, 248-261.

³ Me limito a recordar a R. DWORCKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977, cap. I [hay trad. esp. de M. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984; si bien aquí, aun con indicación de las páginas de la edición española, no se seguirá ésta en su literalidad (*N. del T.*)]; C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980; *id.*, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989; J. HABERMAS, *Derecho y moral* (1988), en apéndice a *Facticidad y validez*, traducción e introducción de M. JIMÉNEZ REDONDO, Madrid, Trotta, 1998; R. ALEXY, «On Necessary Relations

tesis, quienes sostienen la conexión de derecho y moral? Desde luego, no algo tan simple como que las leyes tienen contenidos morales, o que nuestras constituciones democráticas incluyen principios morales sumamente apreciables, o, en fin, que en la interpretación de las leyes y de las constituciones se producen tomas de posición orientadas por opciones morales que deben ser argumentadas racionalmente. Éstas son tesis obvias y descontadas que ninguna persona de buen sentido, y ciertamente ningún defensor de la separación, ha pensado negar. En realidad, lo que sostienen los epígonos de la conexión es una tesis bastante más comprometedora, a saber, que los principios constitucionales, poco importa si todos o algunos, incorporan no *una* determinada moral, aunque sea compartida, sino *la* moral o *la* justicia en un sentido objetivo de la palabra⁴.

Así pues, esta tesis descansa en la idea de que existe, no una pluralidad de concepciones morales y políticas diversas y a veces en conflicto, sino *la* moral; y que ésta se identifica, en todo o en parte, con el conjunto o con la mayor parte de los valores establecidos por las actuales constituciones democráticas. Por tanto, para quienes sostienen esta idea, los principios formulados en nuestras constituciones —la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales— no son simplemente valores de justicia que ellos comparten y defienden con firmeza, sino principios y contenidos de justicia «verdaderos» y, en algún sentido de la palabra, «objetivos». Así, la conexión entre derecho y moral que teorizan, se resuelve en un tendencial iusnaturalismo conjugado con esa variante del legalismo ético que es el constitucionalismo ético. Es decir, en una concepción directamente opuesta a la aquí sostenida del constitucionalismo como segundo positivismo, esto es, como positivismo jurídico reforzado en virtud de la positivización también de las opciones que deben presidir la producción del propio derecho positivo.

between Law and Morality», en *Ratio Juris*, 1989, núm. 2, 167 y ss.; *id.*, *El concepto y la validez del derecho* (1992), trad. esp. de J. MALEN SEÑA, Barcelona, Gedisa, 1997; G. ZAGREBELSKY (1992), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. GASCÓN ABELLÁN, Madrid, Trotta, 10.ª ed., 2011, § 4, 162; *id.*, *Introduzione a R. Alexy. Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, XIX; *id.*, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. I, § 2, 24 (ed. esp. en curso de preparación por Trotta); M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, 112; *id.*, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 53 y 245; *id.*, «Tesis sobre Ferrajoli», en *Doxa*, núm. 31, 2008, § 6, 215; *id.*, «Dos versiones del constitucionalismo», en *Doxa*, núm. 34, 2011, 80, 82, 85; J. J. MORESO, «El reino de los derechos y la objetividad de la moral» (2002), en *Diritti umani e oggettività della morale*, E. DICHIOTTI (ed.), Siena, Di Gips, 2003, 9-40, 285; *id.*, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa*, núm. 31, 2008, § 4; F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Nápoles, Esi, 2008. Para mayores referencias a esta literatura y para una crítica más analítica, remito a *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *op. cit.*, § 2, 21-23, y § 4, 28-34.

⁴ En los sistemas constitucionales —afirma HABERMAS— «la moral ya no se cierne por encima del derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas); emigra al interior del derecho positivo» (559); «Las normas aisladas dictadas de acuerdo con el ordenamiento pierden validez jurídica [...] cuando son extremadamente injustas», escribe ALEXY (*El concepto y la validez*, *op. cit.*, cap. IV, 125; cfr. también, *ibid.*, cap. II, § 4.2.1, 45 y ss., y § 4.2.2, 68; cap. III, § 1.2, 91); el derecho, afirma ZAGREBELSKY, consiste hoy en la «fusión de la ley con principios independientes de justicia» (*Introduzione a R. Alexy*, *op. cit.*, XIX), de modo que «la relación con la justicia es constitutiva del concepto mismo de ley» (*La legge e la sua giustizia*, *op. cit.*, cap. I, § 2, 24); MORESO considera «una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales [...] entonces parece que incorporan la moralidad en el derecho» (*Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*, *op. cit.*, § 4, 285); ATIENZA, en fin, afirma repetidamente que «existe una conexión intrínseca entre el derecho y la moral» (*Dos versiones del constitucionalismo*, *op. cit.*, § 3, 80-81; *ibid.*, 82: «tiene pleno sentido afirmar la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el derecho y la moral»).

Conforme a esta segunda concepción —la del constitucionalismo como positivismo ampliado a las opciones mismas que deben presidir la producción legislativa—, la constitucionalización de los principios de justicia no incide en modo alguno en la separación de derecho y moral. En efecto, la tesis de la separación es simplemente un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente. Sólo quiere decir que, en un ordenamiento nomodinámico, «derecho» es todo y sólo lo puesto como tal por las autoridades jurídicamente habilitadas para producirlo, sea cual fuere —guste o no guste, se considere justo o injusto— su contenido normativo; que, consecuentemente, el derecho es cosa distinta de la moral, dado que el carácter positivo de una norma, aunque sea de rango constitucional, no implica su justicia, resultando siempre posible que la misma sea juzgada injusta o inmoral (por todos, por algunos o incluso por uno solo); que la tesis según la cual la justicia de una norma no es condición necesaria ni suficiente de su validez registra «un dato de hecho», como escribió H. HART remitiéndose a J. AUSTIN, que «permite a los juristas obtener una nueva claridad»⁵. La moral y la justicia —por más que los principios y valores estipulados en una constitución sean moral y políticamente compartidos (por nosotros)— son siempre puntos de vista externos al derecho: los puntos de vista morales y políticos, no objetivos sino subjetivos, de cada uno de nosotros, ya sean de adhesión o de rechazo, total o parcial, de los principios y valores constitucionalmente establecidos. Prueba de ello es que tales principios y valores no están en absoluto dados, sino que —de la igualdad a la libertad de conciencia, del rechazo de la pena de muerte al principio de la paz, de los derechos de los trabajadores a los derechos sociales a la salud y a la educación— todos se han afirmado históricamente frente a principios y valores diametralmente opuestos pero compartidos por grandes mayorías; que se han estipulado en el pacto constitucional de convivencia precisamente porque, todavía hoy, no suscitan universal consenso y, por eso, deben ser puestos al reparo de contingentes y siempre posibles mayorías contrarias; y que los defendemos con tanta mayor fuerza y pasión cuanto más constatamos que no son universalmente compartidos y menos aún tenidos por objetivamente verdaderos, sino, al contrario, constantemente violados, ignorados e incluso negados o contestados⁶.

3. OBJETIVISMO MORAL FUERTE Y OBJETIVISMO MORAL DÉBIL. ¿UNA SIMPLE DISCREPANCIA SOBRE EL SIGNIFICADO DEL TÉRMINO VERDADERO?

Pero cabe que el disenso entre los asertores de la separación y los asertores laicos y liberales de la conexión de derecho y moral sea más superficial de lo que parece. En el punto de partida hay ciertamente una diversa concepción de la moral, ligada a su vez al carácter fuertemente equívoco y comprometedor de la noción de «objetivismo

⁵ H. L. A. HART, «El positivismo y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. esp. y nota preliminar de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Depalma, 1962, 12.

⁶ Para una mejor clarificación de lo que se entiende y lo que no debe entenderse, y no ha sido nunca sostenido por ninguna persona de buen sentido, con la tesis positivista de la separación de derecho y moral, remito a mi *El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo op. cit.*, § 5, 337-339.

moral»⁷, asumida por los primeros en apoyo de la conexión. En efecto, con esta expresión cabe referirse, grosso modo, a dos concepciones metaéticas diversas, no siempre claramente distinguidas en el debate filosófico-moral: *aa*) la concepción ontológica del que considera que existe un mundo objetivo de valores morales respecto del cual una tesis moral puede ser calificada de verdadera o falsa, y *ab*) la concepción racionalista de quien considera que los juicios morales pueden ser tenidos como verdaderos o como falsos según cuenten o no con una justificación adecuada fundada en principios morales asumidos como objetivamente válidos. Por otra parte, existen también dos concepciones diversas del anti-objetivismo moral: *ba*) la concepción escéptica del que entiende que los juicios morales no son argumentables racionalmente, al ser fruto de opciones subjetivas y emotivas ni verdaderas ni falsas; *bb*) la concepción racionalista de quien considera que, en último término, los juicios morales no son ni verificables ni refutables, aunque sí argumentables racionalmente a partir de asunciones que son el fruto de opciones subjetivas que, siendo argumentables, no son ni verdaderas ni falsas.

Como es obvio, las tesis metaéticas más inconciliables son las de las concepciones recogidas en *aa*) y *ba*). La tesis *aa*) expresada de manera emblemática por la Iglesia católica y, en general, por los fundamentalismos religiosos, es una tesis metafísica que supone la existencia de valores objetivos en cuanto inscritos en la naturaleza y/o queridos por Dios. La tesis *ba*) es una tesis irracionalista que niega la posibilidad de argumentación racional en materia moral, como si la única forma de argumentación racional fuese la dirigida a sustentar la verdad o falsedad de las tesis asertivas. Diré que estas dos concepciones, por más que opuestas, comparten la misma equivalencia entre razón y verdad, entre racionalidad y objetividad, entre argumentación racional y fundación objetiva o cognoscitiva.

La posición metaética de la mayor parte de los principialistas que sostienen la conexión de derecho y moral refleja preferentemente la segunda de las dos concepciones del objetivismo moral antes ilustradas, la que se expresa en la tesis *ab*). Con las expresiones «objetividad», «verdad» o «falsedad» de las tesis morales también ellos aluden en realidad a su justificación racional⁸, como si no existieran razones no de

⁷ Sobre la cuestión de la objetividad de la moral y sobre las múltiples respuestas ofrecidas por la reflexión metaética, *vid.* la importante colección de ensayos *Oggettività e morale. La riflessione etica del Novecento*, G. BONGIOVANNI (ed.), Milano, Mondadori, 2007.

⁸ J. J. MORESO, por ejemplo, después de haber propuesto como definición de «objetivismo moral» la tesis de 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)», funda en ella la tesis ético-cognoscitivista, que él llama «tesis semántica del objetivismo moral», según la cual «los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad», identificando el «criterio para aceptarlos», o sea, «la calidad de un juicio moral» en «las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor» («Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», en *Doxa*, núm. 34, 2011, 185, 188 y 191). En el mismo sentido, A. RUIZ MIGUEL, *Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli, ibid.*, 277-280, y M. ATIENZA, «Cuento de navidad», en *Analisi e diritto* 2009, Torino, Giappichelli, 2009, 16-117. También J. RUIZ MANERO: «Entiendo por objetivismo [...] la posición que sostiene, en primer lugar, que los juicios morales son racionalmente fundables o justificables [...] Aquí, me parece, solo cabe hablar de “verdad”, como decía, en el sentido en que “verdad” equivale a “justificación racional”» (L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, 69 y 71). Para una crítica más amplia de esta identificación entre verdad objetiva y justificación racional, remito a *El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo, op. cit.*, § 5, 339-344.

tipo teórico sino de tipo moral, en apoyo no de la verdad o de la objetividad sino de la justicia, no de nuestros conocimientos sino de nuestras tomas de posición y más en general de nuestras opciones primitivas, también de carácter teórico. Piénsese no sólo en los juicios de valor morales o políticos, sino también en los estéticos, y sobre todo en las soluciones de gran parte de las cuestiones filosóficas y teóricas, a comenzar por la aquí discutida de filosofía moral, que, de identificar racionalidad y objetividad (o verdad), resultarían todas descalificadas como irracionales, por quien sostiene soluciones diversas. Las discrepancias sobre tales juicios y cuestiones —a veces superables, a veces reducibles, a veces insuperables e irreducibles— versan, en último término, sobre las asunciones y los valores de partida. Los desacuerdos producidos entre personas que comparten los mismos valores de fondo o las mismas asunciones primitivas son superables o al menos reducibles. Si compartimos los principios de igualdad y de dignidad de la persona, no será difícil llamando a la coherencia con estas comunes asunciones, concordar, y quizá convencer a los que disienten, de lo inaceptable de, por ejemplo, tantas formas de opresión o discriminación en perjuicio de los inmigrantes. Por el contrario, se puede discutir hasta el aburrimiento de cuestiones éticas o políticas con un fascista o con un racista, pero al fin, si éste no se convence hasta el punto de cambiar las propias ideas de fondo, quedará constancia de lo insuperable del disenso y la discusión tendrá que abandonarse por estéril. Por eso un buen resultado de todas las discusiones sobre cuestiones morales o políticas, pero también sobre gran parte de las cuestiones filosóficas o teóricas, es siempre la identificación y la clarificación de las asunciones de las que se parte, sean comunes o diversas. Pero esto quiere decir que los valores morales y políticos últimos —la democracia, la igualdad, la libertad, la dignidad de las personas— no se demuestran, no se deducen, y tampoco se inducen de la más o menos amplia aceptación compartida. Simplemente se eligen, se postulan y se defienden. Podemos argumentar la racionalidad de estas opciones a los fines de la convivencia pacífica y civil y del respeto que tenemos por nosotros mismos. Pero frente a un fascista o un racista que parte de asunciones morales opuestas el debate se detiene. Diré que, precisamente, la autenticidad y el rasgo distintivo de la razón práctica y, en particular, de la moral, radica en la conciencia y en la responsabilidad de la opción, a veces problemática y hasta dramática.

Me pregunto, entonces, por qué, para postular la posibilidad de argumentar racionalmente una tesis moral relativa a principios asumidos como fundamentales, hay que sostener la verdad o la objetividad de la misma. Este nexo entre verdad y argumentación racional es comprensible y explicable en las posiciones objetivistas más consecuentes, como las del ontologismo moral indicadas bajo *aa*) y sostenidas, por ejemplo, por la Iglesia católica; la cual, en virtud de la opción iusnaturalista o incluso de una suerte de positivismo divino que vincula el bien y el mal a la voluntad de Dios, supone la existencia objetiva de entidades, valores o reglas morales, a partir de las cuales es posible presentar como verdaderas sus tesis en materia, por ejemplo, de aborto, divorcio, procreación asistida o reconocimiento de las parejas de hecho, y descalificar las tesis opuestas como falsas. Pero es claro que, en todo caso, el objetivismo y el cognoscitivismo ético son incompatibles con el liberalismo, que excluye que se puedan imponer a quienes no los comparten (no las acciones, o mejor las omisiones de daños a terceros), sino los juicios morales, cualesquiera que sean. En efecto, aquellos comportan inevitablemente —y de hecho han comportado, cuando han sido y son todavía impugnados

por las iglesias, a comenzar por la católica— la intolerancia, como falsas, de las tesis no compartidas y el rechazo del pluralismo moral, político y cultural. Pues, frente a una tesis falsa —por ejemplo « $2 + 2 = 5$ », « p implica no- p », o «Cristóbal Colón descubrió América en 1692»— se dirá no solo que es un error, sino que es una afirmación intolerable. Prueba de ello es el hecho de que las tesis morales de una ética cognoscitivista como la católica, que, precisamente, por haber sido asumidas como verdaderas pretenden imponerse a todos como normas jurídicas, no son confutables en su terreno por una ética objetivista de tipo laico o racionalista, sino sólo contestando o refutando de raíz el objetivismo metaético que está en su punto de partida. Y es que estas tesis son irrefutables en el terreno de la verdad, precisamente porque las tesis éticas diversas sostenidas por metaéticas igualmente cognoscitivistas se presentan también ellas como verdaderas, a pesar de no ser demostrables lógicamente ni comprobables empíricamente, en vez de presentarse como principios normativos, argumentables como justos sobre la base de juicios de valor. Naturalmente, la implicación entre objetivismo ético e intolerancia no significa en modo alguno que los objetivistas laicos sean intolerantes. Sólo quiere decir que la misma tiene el valor de un argumento *a contrario* contra las tesis metaéticas de los que se declaran objetivistas pero rechazan la (acusación de) intolerancia. Pues este rechazo implica, por *modus tollens*, la negación del objetivismo y del consiguiente cognoscitivismo ético.

Por eso, el objetivismo moral más consecuente, el de las éticas religiosas, al tener que fundarse sensatamente en la verdad, acaba por anclarse a una metafísica iusnaturalista, al voluntarismo y al positivismo divino o a ambas cosas al mismo tiempo. Cuando, por el contrario, el rasgo distintivo y el fundamento de la ética laica residen en la elección, y por ello en la autonomía de la persona: en no hacer el mal y en hacer el bien, no porque lo quiere Dios o alguna norma o valor objetivo y heterónomo, sino porque se quiere de manera autónoma. La moral laica, por oposición a las morales objetivistas, inevitablemente heterónomas, se funda en la autonomía de la conciencia, en virtud de la cual sería insensata, antes aún que inmoral, la disposición de Abrahán a sacrificar a Isaac sólo porque Dios lo quiera. Al contrario de la moral laica, autónoma por definición, las morales objetivistas acaban en cambio por tener, tendencialmente, el mismo estatuto del derecho: no es casual que la ética católica resulte a veces calificada por las jerarquías como «derecho natural».

En suma, el terreno del objetivismo ético y de las verdades morales —en contra de la idea corriente de que en él hallarían un fundamento más seguro, por objetivo, los juicios morales y la defensa de valores que profesamos con firmeza, y por eso también un anclaje más seguro las ponderaciones entre principios— es siempre resbaladizo. Sabemos que en la historia del pensamiento político, de PLATÓN y ARISTÓTELES en adelante, las argumentaciones fácticas en apoyo de la desigualdad de los hombres han sido bastante más numerosas que las producidas a favor de su igualdad e igual dignidad. Pero esto quiere decir que la igualdad no es un hecho sino un valor; que su afirmación no es una aserción, sino una prescripción; que como tal la asumimos y la defendemos, precisamente porque, de hecho, somos diferentes y desiguales. En apoyo, por un lado, del igual valor que *queremos* garantizar a todas nuestras diferencias de identidad (de sexo, lengua, religión, nacionalidad, opiniones políticas y condiciones personales y sociales, como dice el art. 3.1 de la Constitución italiana); y, por otro, de la eliminación o reducción, que *queremos* promover, de las desigualdades económicas y materiales

(como obstáculos al pleno desarrollo de la persona humana, como dice el segundo apartado del mismo artículo). En pocas palabras, que la igualdad, la dignidad de la persona, las libertades y los demás derechos fundamentales no son ni valores objetivos ni principios descontados⁹.

Precisamente por eso tales valores se encuentran estipulados en constituciones rígidas supraordenadas a cualquier poder: porque no son en modo alguno compartidos por todos. Y el papel de las constituciones no consiste en reflejar los valores de todos: si así fuera tendríamos constituciones mínimas y prácticamente inútiles. Su papel se cifra en estipular valores o principios como cláusulas del pacto social de convivencia, incluso contra las opiniones de las contingentes mayorías. Y su legitimación no depende de que sean queridas por todos, sino del hecho de que garanticen a todos. Es por lo que defendemos y argumentamos nuestros principios morales y políticos con bastante mayor firmeza y pasión de la que ponemos en la defensa de nuestras tesis asertivas: porque sabemos que aquéllos, repito, son a menudo violados o negados, por lo que deben ser defendidos con tanto mayor empeño cuanto más difundidas estén sus violaciones y negaciones; y, sobre todo, porque consideramos legítimas e incluso racionalmente argumentables (en esto consiste la tolerancia) las opiniones morales y políticas opuestas, que contestamos, no porque sean falsas y como tal refutables, sino simplemente porque las consideramos, al igual que sus premisas de fondo, inmorales o injustas.

Pero entonces, excluidas las tesis del ontologismo en sentido fuerte y del irracionalismo emotivista, las divergencias entre el objetivismo de los que se limitan a sostener la posibilidad de una argumentación racional de las tesis morales, aunque sea suponiendo que sus asunciones sean verdaderas u objetivamente válidas, y los que sostienen la misma posibilidad refutando cualquier forma de objetivismo o cognoscitivismo ético, consisten, en último término, en el diverso significado que asocian a las nociones, claramente estipulativas, de «verdadero», «falso» y «objetivo», más extenso para los primeros y más restringido para los segundos. Por otra parte, es también esto lo que distingue a los objetivistas moderados o laicos de los objetivistas fundamentalistas, que creen, en cambio, en la existencia de un mundo natural o sobrenatural de valores o principios morales y, por consiguiente, de verdades morales. Así sucede que el disenso entre concepciones racionalistas es poco más que terminológico. Al respecto —sin esperar convencer a los sostenedores de un objetivismo y un ontologismo mínimos (después de todo, también en este caso estamos en presencia de asunciones últimas, diversas y no demostrables)— únicamente diré que la excesiva extensión en su léxico del término «verdadero», en sustitución de términos más pertinentes como «justo» o «bueno», debilita gravemente sus tesis morales. No sólo porque, al no ser admisibles tesis falsas, las expone a la acusación de intolerancia, sino también porque, por desgracia, en el terreno inverosímil del objetivismo moral, cualquier tesis ya ha sido sostenida y puede todavía sostenerse.

⁹ Vale la pena recordar las palabras de BECCARIA: «Quien lea con ojos de filósofo los códigos de las naciones y sus anales, hallará casi siempre que los nombres de *vicio* y de *virtud*, de *buen* ciudadano o de *reo* cambian con las revoluciones de los siglos» (*De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, prólogo de P. CALAMANDREI, Madrid, Trotta, 2011, 131); y las de HOBBS: «Por la diversidad de las pasiones, sucede que lo que uno llama *bueno*, otro lo llama *malo*; y el mismo llama ahora *bueno* a una cosa y enseguida la llama *mala*; y a la misma cosa la llama *bueno* si se trata de él, y *mala* si se trata de otro» [T. HOBBS, *De Cive* (1647), trad. esp., *Tratado sobre el ciudadano*, edición de J. RODRÍGUEZ FEO, Madrid, Trotta, 1999, 131].

Por eso tengo la impresión de que la defensa del objetivismo moral, aunque sea débil y moderado, por parte de muchos neoconstitucionalistas principialistas, está en realidad conectada con la defensa de la primera de las dos tesis antes recordadas. La idea de que los principios de justicia y los derechos formulados en nuestras constituciones son principios morales y en algún sentido objetivos, y por ello la tesis de la conexión entre el derecho y *la* moral como sistema objetivo de valores, sirve, en efecto, de un lado, para acreditar la idea de que los mismos son todos principios distintos en sentido fuerte de las reglas y, de otro, para dotar de alguna compensación a su indeterminación y de un anclaje extrajurídico y objetivo, aunque sea ilusorio, a su ponderación, hasta la tesis extrema de la existencia de una sola solución correcta, mantenida por DWORKIN¹⁰.

4. REGLAS Y PRINCIPIOS. UNA PROPUESTA DE REDEFINICIÓN

Llego así a la discrepancia del segundo y todavía más importante orden de tesis que caracteriza a la concepción principialista del constitucionalismo: la configuración de las normas constitucionales sustanciales, y en particular de los derechos fundamentales, no como «reglas» sino como «principios», objeto de ponderación y no de aplicación, como las reglas.

La distinción entre reglas y principios es ciertamente una importante adquisición de la actual teoría del derecho. Sin embargo, la cuestión de fondo es la definición de estas dos clases de normas. Concretamente, el significado intensional de la noción de «principios» por oposición al de «reglas» y, consecuentemente, su significado extensional, es decir, la clase de las normas —inclusiva o no de los derechos fundamentales— calificables como principios. Como se sabe, los criterios propuestos para distinguir entre las dos clases de normas son en parte diversos. Según R. DWORKIN, «las reglas son aplicables en la forma del todo-o-nada», en el sentido de que son aplicables o no aplicables determinadas consecuencias jurídicas según concurren o no las condiciones previstas por ellas; en cambio, los principios, «no indican consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se den las condiciones previstas»; por eso, las primeras se aplican a los casos subsumibles en ellas, mientras los segundos se pesan, de modo que prevalece aquel que tiene asociado en cada caso mayor peso o importancia¹¹. Para R. ALEXY, en cambio, los «principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de ser susceptibles de diversos grados de realización» y de los que, según las circunstancias del caso, son derivables en cada supuesto reglas mediante su ponderación; al contrario, «las reglas son siempre normas que pueden ser realizadas o no realizadas», de este modo, «sí una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente lo que la misma reclama»¹². M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, a su vez, sitúan la

¹⁰ «El déficit de racionalidad y con ello de legitimidad» que puede derivarse de esa indeterminación, escribe L. PRIETO SANCHÍS, «es compensado por buena parte de los enfoques constitucionalistas mediante una compleja y poderosa teoría de la argumentación jurídica, en la que acaso depositen más confianza de la debida» («La teoría del derecho de “Principia iuris”», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 64, 2009, 58).

¹¹ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, op. cit., 74-76.

¹² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), trad. esp. de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III, § 2, 86-87.

diferencia entre principio y regla en el hecho de que «los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada»¹³. Y G. ZAGREBELSKY distingue las reglas de los principios a partir del dato de que sólo las primeras y no los segundos prevén supuestos de hecho subsumibles en ellas¹⁴. En todos los casos, lo que tienen en común estas diversas connotaciones de las dos clases de normas es el papel central asociado a la ponderación de los principios en oposición a la aplicación de que son en cambio susceptibles las reglas y, consecuentemente, la tesis de que los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son objeto de ponderación y no de aplicación, en tanto que concebidos como principios entre ellos virtualmente en conflicto.

Creo que una definición más precisa de las dos clases de normas permite excluir estas tesis. Con tal fin es útil partir de la noción de «reglas» acogida por los propios constitucionalistas principialistas. La aplicabilidad de las reglas en la forma todo-o-nada según la tesis de DWORKIN, su realizabilidad o no realizabilidad según la noción de ALEXY, su forma cerrada y no abierta según la definición sugerida por ATIENZA y RUIZ MANERO y la referencia a supuestos de hecho subsumibles en ellas según la noción de ZAGREBELSKY, son todas connotaciones que pueden ser más claramente expresadas y formalizadas a través de la referencia empírica al comportamiento o al acto jurídico que constituye su observancia o su violación, que las reglas deben tener en todo caso. Conforme a esto puede afirmarse que son *reglas*, y de manera más precisa, *reglas deónticas*, todas y solo las normas de las que cabe configurar los actos que son su observancia o su inobservancia¹⁵. Llamaré, en cambio, *principios directivos*, o simplemente *directivos*, a las normas que formulan objetivos políticos y de las que, por eso, no son concebibles una violación o una específica observancia; en efecto, pues su referencia empírica no consiste en comportamientos determinados, cualificables como sus cumplimientos o incumplimientos, sino en políticas públicas, es decir, en complejos heterogéneos de posibles actividades, ninguna de las cuales es abstractamente predeterminable como su actuación o inactuación. Sin embargo, por lo común, entre principios y reglas no hay contraposición. Existen muchas normas que son al mismo tiempo reglas y principios, y que por eso llamaré *principios regulativos*: es el caso de la mayor parte de los derechos fundamentales y del principio de igualdad, normas con respecto a las cuales principios y reglas son caras de la misma moneda. Es la tesis que trataré de demostrar y que quizá puede valer, si no para conciliar, al menos para reducir las distancias entre las diversas concepciones del constitucionalismo.

¹³ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, cap. I, § 2.1. 9. Mientras, añaden, las reglas son «razones perentorias para la acción», los principios son razones para la acción, no perentorias, sino ponderables con otras razones o principios.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, op. cit., cap. VI, 110-111; id., *Introduzione a R. Alexy, Concetto e validità del diritto*, op. cit., XX; id., *La legge e la sua giustizia*, op. cit., cap. VI, 205-236.

¹⁵ Esta equivalencia entre «reglas (o normas) deónticas» y su posible observancia o inobservancia se expresa en *PiI*, § 4.7, 230, y § 8.3, 403, por los teoremas T4.66 e T8.35: $(x)(y)(RDEyx \equiv (OSSxy \vee IOSxy))$ e $(r)(x)(NDErx \equiv ((OSSxr \vee IOSxr) \cdot NORr))$; donde la variable «x» denota el tema-objeto común tanto a regla (o norma) deóntica como a observancia o inobservancia y consistente en un comportamiento o en un acto jurídico. Donde no quepa una precisa y determinada observancia o inobservancia, conforme a la tesis T2.2, no podrá hablarse de figuras deónticas (*ibid.*, § 2.1, 138-141), y por eso tampoco de reglas o normas deónticas sino de los que llamaré «principios directivos».

5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO REGLAS OBJETO DE APLICACIÓN Y COMO PRINCIPIOS OBJETO DE ARGUMENTACIÓN

Preguntémosnos, pues, a partir de estas redefiniciones, ¿cómo se configuran los derechos fundamentales? Estos derechos son ante todo derechos subjetivos que se distinguen por su carácter universal, o sea, general además de abstracto, en el sentido lógico de la cuantificación universal de sus titulares (*omnium*). En segundo lugar, consisten en expectativas negativas de no lesión, como en el caso de todos los derechos de libertad y de inmunidad, o bien en expectativas positivas de prestación, como lo son todos los derechos sociales, por ejemplo los derechos a la asistencia sanitaria y a la educación. A ellos corresponden, en tercer lugar —por la correlación lógica existente entre expectativas pasivas y modalidades deónticas activas¹⁶— prohibiciones y obligaciones (*erga omnes*) impuestas a la esfera pública como su garantías. En cuarto lugar, y consecuentemente, los mismos tienen como temas-objeto y como referencias empíricas comportamientos determinados, que son exactamente los mismos que forman los temas-objeto y las referencias empíricas de sus garantías: la *no-lesión* de los derechos de libertad, con la consiguiente prohibición, y la *satisfacción* de los derechos sociales, con la consiguiente obligación por parte de los poderes públicos¹⁷.

De aquí se sigue que los derechos fundamentales son reglas deónticas¹⁸, es decir, figuras deónticas de carácter universal cuyos temas-objeto consisten en posibles actos o comportamientos que son su observancia o su inobservancia. En cuanto tales, los mismos, pueden ser unas veces respetados y otras violados, actuados o inactuados y, de cualquier modo, aplicables a sus violaciones, según la noción de «reglas» sugerida también por los autores antes citados. Precisamente, en cuanto normas de rango constitucional, son normas sustanciales sobre la producción jurídica, que comportan para el legislador: *a*) la prohibición de su lesión, es decir, de la producción de leyes contrarias a ellos, que de violarse dará lugar a *antinomias*, y *b*) la obligación de producir leyes de actuación, que en el caso de ser violada ocasionará *lagunas*. Las consecuencias jurídicas de las antinomias, que DWORKIN reclama para que existan «reglas», consisten en la anulabilidad o en la inaplicabilidad de las leyes que lesionen los derechos fundamentales constitucionalmente supraordenados a ellas, según que los ordenamientos estén dotados de control concentrado o difuso de constitucionalidad de las leyes. Las

¹⁶ Vid. el postulado P3 y las tesis T2.58-T2.69 en *Pil*, § 2.3, 145-151.

¹⁷ Es lo que resulta de la estructura diádica, tanto de las expectativas negativas o positivas en que consisten los derechos, como de las correlativas prohibiciones y obligaciones en que consisten sus garantías y que tienen en común con las primeras los mismos temas-objeto, consistentes en la posible existencia de los actos jurídicos de los que los derechos son expectativas pasivas y las garantías son modalidades activas. Me remito aquí a los teoremas T2.60 y T2.61 — $(x)((y')ASP_y'x \equiv (y'')OBL_y''x)$ e $(x)((y')ASP_y'x \perp x \equiv (y'')DIV_y''x)$ — sobre la correlación entre expectativas positivas y obligaciones y entre expectativas negativas y prohibiciones (*Pil*, § 2.3, 149); al teorema T3.36 sobre la noción de «garantía» como obligación o prohibición correspondientes a una expectativa positiva o negativa (*ibid.*, § 3.5, 188); a las definiciones D10.20 y D11.1 de «derecho subjetivo» y de «derechos fundamentales», y a los teoremas T11.14, T11.102-T11.111 sobre las garantías primarias de los derechos fundamentales consistentes —según sean derechos individuales negativos o derechos sociales positivos— en prohibiciones de lesión (o límites fundamentales) o bien en obligaciones de prestación (o vínculos fundamentales), unos y otros absolutos, es decir, *erga omnes* (*ibid.*, § 11.1, 689, y § 11.9, 729-733).

¹⁸ Vid. en *Pil*, § 11.1, 689-690, las tesis T11.16-T11.20.

consecuencias jurídicas de las lagunas son más problemáticas; pero nada excluye que, al igual que en ordenamientos como el portugués y el brasileño, se prevea también para ellas, como efecto, por ejemplo, la obligación de su denuncia a los órganos legislativos por parte de los tribunales constitucionales¹⁹ y eventualmente la irrogación de sanciones por el correspondiente incumplimiento²⁰.

Es en esta su naturaleza de reglas deónticas donde reside la normatividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, tanto en relación con la legislación como con la jurisdicción: vinculada la primera a su respeto y a su actuación, y la segunda a su aplicación sustancial a los actos inválidos que son sus violaciones²¹. Y es por la posibilidad de sus violaciones, por acción o por omisión, por lo que las normas que los establecen son caracterizables como reglas deónticas²². Se trata, precisamente, de las reglas que diseñan la que he llamado la esfera inmediatamente imperativa de lo «no decidible» y que constituye el rasgo característico de la democracia constitucional. Esto es, la esfera de lo que la legislación tiene prohibido o está obligada a decidir, conformada por las *garantías primarias* de los derechos de libertad y de los derechos sociales, cuyas violaciones comportan como consecuencia jurídica, para la jurisdicción, la obligación de aplicarlas, en virtud de lo que he llamado las *garantías secundarias*, esto es, la obligación de anular o inaplicar las leyes en contradicción con aquéllas. Conviene recordar que en la experiencia jurisprudencial italiana el reconocimiento de esta imperatividad de las normas constitucionales sustanciales ha representado un fundamento decisivo del rol garantista de la jurisdicción: fue la Corte Constitucional la que en su primera sentencia afirmó el carácter inmediatamente preceptivo de aquéllas, poniendo fin, en la primera posguerra, a su interpretación por la Corte de Casación²³ como «normas programáticas» de políticas futuras, según la caracterización que hoy ofrecen

¹⁹ Se trata del control de constitucionalidad por omisión previsto en el art. 283 de la Constitución portuguesa y del art. 103, § 2 de la Constitución brasileña.

²⁰ S. SENESE ha propuesto integrar el modelo de la «recomendación» previsto en la Constitución brasileña con el adoptado por los Tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo, de la condena del estado incumplidor a pagar periódicamente una determinada suma de dinero hasta el momento del cumplimiento («Consideraciones extravagantes de un «jurista empírico»», en *Doxa*, núm. 31, 2008, 378-381). Añadiré —aunque la cuestión merecería un tratamiento más amplio— que la previsión de efectos no es en absoluto un rasgo distintivo de todas las reglas. La idea bastante difundida (*vid.*, por ejemplo, R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, cap. IV, § 3, 44-46); M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, 134-136) de una única «forma lógica» de las normas como «enunciados condicionales» que ligan a un antecedente (una conducta, un resultado, determinadas circunstancias o condiciones) un consecuente (una cualificación deóntica o un efecto jurídico) es el fruto de una falsa generalización, probablemente sugerida por el conocido esquema «si A entonces B», basado en la centralidad de la sanción, con el que KELSEN representa la estructura de todas las normas. En realidad la misma refleja la estructura de las que, en la tipología de las reglas y de las normas citadas *infra* en la nota 28, he llamado *normas hipotéticas*, pero no en cambio la estructura de todas las que he llamado *normas téticas*: de las normas penales primarias a las prohibiciones y las obligaciones en materia de circulación vial, del repudio de la guerra al principio de igualdad y a los derechos fundamentales. Para una discusión más detallada de la cuestión, *vid.* L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo*, *op. cit.*, 99-119.

²¹ Sobre las nociones de «respeto», «aplicación», «aplicación formal» y «aplicación sustancial» y sobre las nociones correlativas de «coherencia», «correspondencia», «conformidad» y «subsunción», remito a *Pil*, § 9.15-9.16, 525-534.

²² Es un teorema banal derivable de las tesis T4.66 y T8.35, citadas en la nota 13.

²³ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica*, en J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, 94 y 99; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, cap. III, § 2, 86.

M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, o la análoga de las mismas normas como «mandatos de optimización», propuesta por R. ALEXY²⁴.

No obstante, estas reglas tienen una intrínseca y feliz ambivalencia. Vistas desde abajo, *ex parte populi*, son derechos, de los que todos son titulares en cuanto personas o ciudadanos. Miradas desde arriba, *ex parte principis*, son reglas, es decir, prohibiciones u obligaciones que tienen por *destinatarios* a los poderes públicos. Es por lo que las he llamado «principios regulativos». Por lo general, su expresión en las constituciones no adopta la forma de obligaciones o prohibiciones, sino la de derechos y, por consiguiente, de expectativas²⁵: de expectativas negativas de no lesión o restricción, como en el caso del principio de igualdad y de los derechos de libertad y de autonomía; o de expectativas positivas de prestaciones, como en el de los derechos sociales. Precisamente por eso tienen la forma de *principios*, porque de este modo las constituciones proclaman explícitamente las expectativas, es decir, los intereses o las necesidades vitales que estipulan como valores y como cláusulas y razón social del pacto de convivencia, dejando implícitas las garantías, esto es, las obligaciones y las prohibiciones correspondientes. *Porque, en otras palabras, como bien ha subrayado G. PINO, de esta forma las constituciones expresan directamente los fines y las opciones ético-políticas que el ordenamiento quiere perseguir con los principios*²⁶. *Pero es claro que con respecto a sus violaciones e incumplimientos estos principios se manifiestan como reglas, en el sentido ya ilustrado de que son aplicables judicialmente a las primeras y actuables legislativamente en el caso de los segundos. Se trata siempre de las mismas normas, o en todo caso de normas implícitas una en la otra.*

Por lo demás, sobre todo en las declaraciones de derechos del siglo XVIII, estas normas fueron expresadas a menudo en forma de reglas, es decir, de prohibiciones perfectamente equivalentes a los derechos correspondientes: «El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, etc.», afirma la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos; «Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado, sino en los casos previstos por la ley», establece el art. 7 de la Declaración francesa de 1789. Estas normas, cualquiera que sea su fórmula, si se miran como principios, enuncian directamente valores: igualdad, libertad, salud, educación, previsión social y otros similares. Si, en cambio, son vistas como reglas, resultan «opacas»²⁷ en relación con aquéllos, aunque les sean funcionales, dado que indican directamente las conductas prohibidas que son sus violaciones o bien las conductas obligatorias que son sus actuaciones. Dicho brevemente, expresan las garantías primarias, como, por ejemplo, las prohibiciones de discriminación, o de limitaciones y

²⁴ Se trata de la Sentencia 1/1956 de la Corte Constitucional. El carácter programático de las normas sustanciales de la Constitución fue declarado por la Casación, Secciones Unidas, el 7 de febrero de 1948 (*cf.* «Foro italiano», 1948, II, 57). La misma Casación, sin embargo, afirmó después el carácter de «norma preceptiva de inmediata aplicación» del derecho del trabajador, previsto en el art. 36 de la Constitución, «a una retribución proporcionada a la cantidad y a la calidad de su trabajo y en todo caso suficiente para asegurar al mismo y a su familia una existencia libre y digna» (Sentencia 3046/1954, de 13 de septiembre).

²⁵ Según la noción de derecho subjetivo definida en *Pil*, § 10.11, D10.20, 605.

²⁶ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 52 y 130-131.

²⁷ *Ibid.*

restricciones de la libertad, o bien la obligación de prestaciones, como las escolares o sanitarias a cargo de la esfera pública.

Por tanto, esta ambivalencia de los principios regulativos permite evidenciar el doble papel normativo del constitucionalismo, capaz de satisfacer las diferentes exigencias de las dos concepciones, principialista y garantista. En cuanto principios, aquéllos operan como argumentos en las motivaciones de la interpretación judicial o de la política legislativa²⁸. De aquí su llamada función «normogenética», es decir, su aptitud para justificar una pluralidad de reglas, sean explícitas o implícitas²⁹. Es precisamente en ellos, y tanto más si son de rango constitucional, donde se apoya la argumentación racional, ya que expresan la razón de ser de las normas en las que son enunciados. Pero, en cuanto reglas, los mismos se aplican o se actúan. De aquí su normatividad fuerte y su papel garantista como normas rígidamente vinculantes para la jurisdicción y la legislación. En fin, también las normas formuladas en forma de reglas, cuando son utilizadas como argumentos interpretativos, se manifiestan y son invocadas haciendo hincapié en su razón de ser, es decir, sobre los principios en que se fundan. Puede incluso afirmarse que así como todo principio regulativo es aplicable como regla a sus violaciones, tras de cada regla —de la prohibición de estacionar al castigo del homicidio— hay generalmente un principio utilizable en la argumentación. En pocas palabras, la argumentación es siempre por principios, mientras la aplicación lo es siempre de las reglas correspondientes. Y si es cierto que toda aplicación supone normalmente una argumentación por principios, es también cierto que toda argumentación tiene por finalidad la aplicación de una regla. De cualquier modo, en el caso de los principios regulativos, principios y reglas no son normas distintas y menos aún contrapuestas, sino que son las caras de la misma moneda.

La verdadera diferencia respecto a las reglas deónticas tiene que ver con los que he llamado *principios directivos*, es decir, con las normas de las que no cabe concebir precisas violaciones, subsumibles como tales en ellas. En efecto, estos principios, estos sí, son normas que imponen políticas —es decir, actividades no predeterminadas sino libradas a la autonomía del legislador— idóneas para alcanzar las finalidades indicadas por ellos. Sin embargo, el campo de denotación de esta categoría, al no comprender la mayor parte de los derechos fundamentales, es bastante más restringido de lo que piensan muchos de los neoconstitucionalistas principialistas. Por ejemplo, en la Constitución italiana, enuncian principios directivos el art. 1.1.º: «Italia es una República fundada en el trabajo»; el art. 3.2.º: «Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país»; el art. 9.1.º: «La República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica»; el art. 35.1.º: «La República tutelaré el trabajo en todas sus formas

²⁸ Según C. LUZZATI, este rasgo de tipo pragmático es el más característico de los principios: «lo que hace de una norma un principio es, grosso modo, su uso como argumento capaz de justificar una conclusión práctica» (*Principi e principi. La genericità del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, 2; cfr. anche, *ibid.*, 37-39 y 115-120).

²⁹ F. MODUGNO, «Principi generali dell'ordinamento», en *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, § 4, 8-9; G. PINO, *Diritti e interpretazione, op. cit.*, cap. III; *id.*, «Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos», en *Doxa*, núm. 34, 214.

y aplicaciones»; el art. 47.1.º: «La República fomentará y tutelaré el ahorro». Como es de ver, se trata de normas que, aunque no inmediatamente aplicables a precisas violaciones, tienen enorme relevancia política, ya que definen la identidad democrática de la República. Más precisamente, así entendidos, aquéllos son, en el léxico que propongo, *reglas constitutivas* de la identidad de la institución política constituida por el Estado italiano³⁰. Por eso, a diferencia de los derechos fundamentales, igualmente constitutivos de la identidad democrática de un ordenamiento, no conforman la esfera de lo «no decidible o no decidible que no»; no prohíben ni prescriben actividades determinadas, sino que tienen sólo el débil valor deóntico consistente en prescribir políticas idóneas para obtener los resultados programados, sin que sean en modo alguno concebibles específicas actividades consistentes en su observancia o en su violación³¹.

Naturalmente, no basta que la constitución use la palabra «derecho» para hallarse frente a una regla. Por ejemplo, «el derecho al trabajo» previsto en el art. 4 de la Constitución italiana, al no resultar imaginables precisas violaciones del mismo, a tenor de las definiciones que he propuesto, no es una regla, sino un principio directivo: la directiva del pleno empleo que los poderes públicos deben perseguir con políticas adecuadas. Por eso tiene exactamente el mismo significado que el art. 40.1.º de la Constitución española, según el cual «los poderes públicos [...] realizarán una política orientada al pleno empleo». Por otra parte, no siempre es claro si se está frente a un principio directivo o un principio regulativo. En muchos casos la cuestión es de grado, en el sentido de que, en concreto, pueden darse principios con un grado mayor o menor de capacidad regulativa. Lo importante es que la distinción conceptual entre los dos tipos de principios sea clara en el plano teórico. No obstante, todos los principios directivos, además de connotar la identidad de las instituciones y de promover políticas, al igual que el resto de los principios regulativos, son utilizables como argumentos relevantes en la interpretación constitucional. Por ejemplo, los arts. 1 y 4 de la Constitución italiana pueden valer muy bien como argumentos de apoyo de la invalidez de

³⁰ Para una más clara y precisa caracterización de estos principio dentro de la tipología de las normas que he propuesto, me parece útil citar algunas asunciones elementales formuladas en *Pil*, Preliminares, 85, y §§ 4.5-4.6, 222-228. Según el postulado P7, las reglas «o bien 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, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus» y reglas hipotéticas las «que predisponen modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus» como efectos, cuando se trate de normas hipotéticas, de los actos jurídicos que son su causa (T8.33). Cruzando esta distinción con la de 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 pre-disponen modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas; las reglas hipotético-constitutivas, que pre-disponen estatus ónticos (T4.61). La tipología de las normas jurídicas, que son las reglas producidas por actos jurídicos (D8.1), calca por completo la de las reglas (T8.21-T8.29 e T8.36): por eso, las normas se distinguirán en tético-deónticas, hipotético-deónticas tético-constitutivas e hipotético-constitutivas (*Pil*, § 8.2-8.3, 399-406).

³¹ La naturaleza de reglas y no de principios y valores de la mayor parte de las normas sustanciales de la Constitución italiana, y en particular de los derechos fundamentales es sostenida por G. AZZARITI, «Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione», en A. PALAZZO (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Nápoles, Esi, 2001, §§ 7-9, 242-249; por A. PACE, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», en G. AZZARITI (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 86 y ss.; y por F. BILANCIA, «Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale», destinado a los *Studi in onore di Alessandro Pace*.

una ley restrictiva de los derechos de los trabajadores, o también, a la inversa, como ha sucedido en la jurisprudencia constitucional italiana, para sostener la validez de leyes que imponen límites al poder del empleador de despedir a un trabajador, por ejemplo la existencia de una justa causa³².

Esta cuestión tiene una enorme relevancia práctica, y no sólo teórica. La tesis de que los derechos fundamentales y el principio de igualdad establecidos en las constituciones —es decir, las normas sustanciales de mayor importancia sobre la producción legislativa— son (solo) principios y no (también) reglas, objeto de ponderación y no de aplicación por los legisladores y los jueces constitucionales, sirve de hecho para debilitar la normatividad de las constituciones, para favorecer una impropia autonomía de la legislación y de la jurisdicción, bastante más allá de los ordinarios márgenes de lo opinable en las actividades interpretativas, y, por eso, para contradecir los dos fundamentos, por así decir estructurales, del paradigma constitucional del estado de derecho. De una parte, la jerarquía de las fuentes y la colocación de la constitución en el vértice del ordenamiento como conjunto de normas vinculantes para todos los poderes constituidos, ya que la ponderación legislativa y la judicial se resuelven en la elección, aunque sea argumentada, de los principios constitucionales considerados en cada en cada caso más «pesados» en perjuicio de los tenidos por más ligeros. De otra, la separación de poderes y la sujeción de los jueces a la ley, ambas oscurecidas por el papel creativo del derecho asignado a la función judicial, transformada por la ponderación en una fuente, con la consiguiente distorsión del principio de legalidad como única norma de reconocimiento del derecho vigente, en nuestros ordenamientos de *civil law*³³. En síntesis, la ponderación de las normas es una operación jurídicamente inadmisibles y lógicamente anómala: poco menos que una contradicción en los términos.

Si se quiere evitar estas aporías será preciso reconstruir de un modo diverso la estructura del razonamiento judicial exigido por el concurso o los conflictos entre normas y, por tanto, también entre derechos y principios constitucionales. No sólo porque la ponderación contradice la lógica del estado de derecho, sino también porque la metáfora de la diversidad de peso corresponde en realidad a procedimientos cognoscitivos que requieren análisis diferenciados. Con ese fin, distinguiré dos tipos de soluciones de tales concursos o conflictos, ambos compatibles con la jerarquía de las fuentes, con la separación de poderes y con el principio de sujeción a la constitución tanto de los jueces como de los legisladores: la solución de los conflictos concebibles en abstracto y la de los conflictos que se presentan en concreto.

³² Sentencias de la Corte Constitucional núm. 47/1976, de 16 de marzo, y 189/1980, de 22 de octubre.

³³ Recuérdese este inquietante pasaje de R. DWORKIN: «La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contiene la previsión normativa de que el Congreso no limitará la libertad de expresión. ¿Es esta una regla, de modo tal que si una ley concreta limitase la libertad de expresión sería inconstitucional? Los que entienden que la primera enmienda es «un absoluto» dicen que debe ser interpretada de este modo, es decir, como una regla. ¿O, en cambio, afirma simplemente un principio, de manera que, descubierta una limitación de la libertad de expresión, la misma sería inconstitucional salvo que el contexto evidenciase algún principio o alguna consideración de oportunidad política que en determinadas circunstancias tenga el peso suficiente para permitir aquella limitación? Tal es la posición de los que sostienen el que he llamado factor “del riesgo claro e inminente” o alguna otra forma de “ponderación”» (*op. cit.*, 78-79).

6. SOBRE LAS SOLUCIONES DE LOS CONFLICTOS

6.1. Las soluciones en abstracto

Gran parte de los conflictos entre derechos, imaginables en abstracto, no son conflictos en sentido propio que requieran ponderaciones. Se trata más bien de límites impuestos por alguno de ellos al ejercicio de otros, implícitos en la estructura lógica de los mismos principios o derechos, a veces explicitados por las propias normas constitucionales y en todo caso reconocibles en general y en abstracto en sede de interpretación judicial o doctrinal. No se trata de límites dictados por opciones morales o ideológicas, aunque de ordinario reflejen la máxima kantiana según la cual el derecho debe consistir en la limitación de las libertades de cada uno para hacerlas compatibles con las libertades de los demás³⁴. Se trata de límites de carácter lógico y conceptual. No son límites valorables en cada ocasión según la singularidad de los casos, sino de relaciones entre tipos de derechos reconocidas en el plano teórico o doctrinal de una vez para siempre, es decir, con argumentos que, por más que opinables, son presentados o sostenidos como válidos en cualquier caso³⁵. Diré que éste es el papel más relevante de la doctrina jurídica.

Un primer límite tiene que ver con las relaciones entre inmunidades fundamentales y los demás derechos fundamentales. Los derechos fundamentales consistentes en meras inmunidades, esto es, solamente en expectativas pasivas y no también en modalidades activas, o sea, en facultades o poderes —por ejemplo, la libertad de pensamiento o de conciencia, o la inmunidad frente a las torturas—, puesto que no comportan ningún acto como su ejercicio, están tendencialmente en el vértice de la jerarquía. En efecto, al no poder limitar o interferir las libertades y los derechos ajenos, son un límite al ejercicio de todos los demás derechos y no son limitables por el ejercicio de ninguno de éstos. Pero es claro que un límite semejante, además de ser de carácter lógico, es también reconocible en el plano jurídico merced a la prevalencia de las normas especiales sobre las normas generales. Por ejemplo, nunca se ha dudado de que la libertad de manifestación del pensamiento tenga un límite en la dignidad de la persona, y por eso su inmunidad frente a difamaciones, injurias o calumnias.

³⁴ I. KANT, *En torno al tópico «Tal vez esto sea correcto en teoría, pero no sirve en la práctica»* [1793], trad. de M. F. PÉREZ LÓPEZ y R. RODRÍGUEZ ARAMAYO, en *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, 29: «El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto esta concordancia sea posible según una ley universal; y el *derecho público* es el conjunto de *leyes externas* que hacen posible tal concordancia sin excepción. Kant formuló la misma noción de derecho en *Die Metaphysik der Sitten* [1797], trad. esp. de A. CORTINA y J. CONILL, *La metafísica de las costumbres*, con estudio preliminar de A. Cortina, *Introducción a la doctrina del derecho*, B, 38: «El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad»; *ibid.*, C, 38: «Una acción es *conforme a derecho* cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal». Es sustancialmente el mismo principio formulado por J. STUART MILL en términos utilitaristas: «el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección» o bien «evitar que perjudique a los demás» [J. STUART MILL, *Sobre la libertad* (1858), trad. esp. de P. DE AZCÁRATE, Madrid, Alianza Editorial, 1970, 65].

³⁵ Como escribe C. LUZZATI, «dados dos principios cualesquiera sometidos a ponderación, solo caben tres posibilidades recíprocamente excluyentes: o pesan lo mismo, o el primero pesa más que el segundo o viceversa. Pero lo que no puede suceder es que esta relación cambie según los diversos contextos» (*Principi e principi, op. cit.*, 176).

Hay un segundo límite, de bastante mayor importancia, que mira a las relaciones entre todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales y los derechos de libertad —ya sean meras inmunidades o también facultades, como por ejemplo la libertad de manifestación del pensamiento— y los derechos fundamentales de autonomía civil, que son además poderes, dado que su ejercicio consiste en actos jurídicos productores de efectos en la esfera jurídica de otros. Es un límite ligado a una cuestión de gramática jurídica: aunque todos estos derechos sean de un rango constitucional equivalente, el ejercicio de los segundos —repárese, no los segundos, es decir, los derechos civiles de autonomía, sino los actos que son su ejercicio, como por ejemplo los de carácter contractual— se hallan, en la estructura en grados del ordenamiento, en un nivel más bajo que el constitucional, al que pertenecen todos los derechos fundamentales, ninguno de los cuales puede ser por eso derogado por ellos. También este segundo límite se encuentra a veces establecido por las propias normas constitucionales. Por ejemplo, el art. 41 de la Constitución italiana dispone que «La iniciativa económica privada es libre» pero «no puede desarrollarse en contra de la utilidad social o de modo que cause daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana». Una norma, esta segunda, que prevé de manera explícita un límite de tipo teórico o conceptual, dado que según ella el ejercicio del derecho-poder de iniciativa económica, es decir, de los derechos civiles de autonomía privada, no puede ocasionar daño a los derechos de libertad, a la seguridad o a la dignidad de la persona³⁶. Así tenemos tres clases de derechos fundamentales —las simples inmunidades fundamentales, los derechos activos de libertad y los derechos-poder de autonomía— la primera de las cuales está supraordenada al ejercicio de todos los demás, mientras el ejercicio de la tercera está subordinado, en la estructura gradual del ordenamiento, al respeto de todos los demás³⁷.

Sería deseable que las normas constitucionales, en virtud del principio de que son tanto más vinculantes cuanto más precisas y unívocas, formularan explícitamente los límites que algunos derechos fundamentales imponen al ejercicio de otros derechos también constitucionalmente proclamados³⁸. Es lo que establece, por ejemplo, aunque sea en términos bastante genéricos, el art. 79.3.º de la Ley Fundamental alemana, que afirma la rigidez absoluta de los «principios enunciados en los arts. 1 y 20», es decir, de la intangibilidad de la «dignidad del hombre» y de la sujeción al derecho de todos los poderes públicos, sugiriendo de este modo su carácter supraordenado a cualquier otro principio. Pero los límites y los contra-límites entre derechos fundamentales, cuando son configurables en abstracto, deben en todo caso argumentarse y establecerse con carácter general, es decir, de una vez por todas, por la doctrina y la jurisprudencia³⁹,

³⁶ El mismo límite al ejercicio de tales derechos-poder puede hallarse en el preámbulo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que habla de desarrollo «sostenible», es decir, compatible con la garantía de los bienes y de los derechos establecidos en ella.

³⁷ Sobre esta jerarquía, remito a *PiI*, § 1.6, 127-128; § 2.4, 154-155, y 11.6, 711-717; *PiII*, § 15.1, 302-303, y § 15.10, 346-347.

³⁸ En efecto, como siempre, el grado de discrecionalidad de la interpretación judicial depende de la semántica del lenguaje legal, en este caso del lenguaje constitucional. Sobre los límites y las jerarquías entre principios fijados por el propio texto constitucional, *vid.* A. PACE, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», en G. AZZARITI (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, 83-103.

³⁹ Es lo que indirectamente ha hecho, por ejemplo, la Sentencia núm. 1146/1988 de la Corte Constitucional italiana, al establecer que «la Constitución contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras

entre cuyos principales cometidos figura, precisamente, la argumentación de las soluciones en abstracto de los problemas interpretativos determinados por los concursos de normas. Se tratará, es obvio, de argumentaciones opinables, pero siempre propuestas como válidas con carácter general, prescindiendo de las singularidades de los casos concretos enjuiciados.

6.2. Las soluciones en concreto. La ponderación equitativa

Algo muy distinto es, en efecto, la solución de los conflictos en concreto, es decir, los del segundo tipo de mi distinción: el generado por la singularidad de los casos particulares objeto de enjuiciamiento. Se trata de la ponderación como «especificación» o «concreción» de los principios, en que piensan normalmente sus asertores, a veces también en presencia de conflictos concebibles y solucionables en abstracto⁴⁰. Lo que aquí se da es una confusión entre hechos y normas. En efecto, pues en concreto lo que cambia no son las normas, siempre iguales, sino los casos juzgados, que, aunque subsumibles en las mismas normas, son siempre irrepitiblemente diversos unos de otros. Por eso, en estos casos, la llamada ponderación concierne, no a las normas aplicables, sino a los rasgos singulares e irrepitibles de los hechos sometidos a enjuiciamiento. Incide en la comprobación de la verdad de hecho y no de la verdad jurídica. Piénsese, en materia penal, en la valoración de las circunstancias atenuantes y de las agravantes y en el juicio de prevalencia de las primeras sobre las segundas o de las segundas sobre las primeras; en el juicio sobre la proporcionalidad de la defensa a la agresión, o del acto ejecutado al riesgo experimentado, a los fines de la apreciación de las eximentes de legítima defensa o del estado de necesidad; en la valoración equilibrada de los indicios, de las pruebas y contrapruebas en la inducción probatoria; o en la valoración de la gravedad del hecho a tenor de sus concretas y singulares circunstancias. Piénsese, en materia civil, en la ponderación de las variadas circunstancias del hecho a los fines de la valoración de la buena fe, de la entidad del daño injusto⁴¹, de la culpa en los ilícitos civiles, de los vicios del error, el dolo o la violencia en la prestación del consentimiento por los contratantes, o de las conductas y las culpas de los cónyuges en el juicio de separación, etc. Piénsese, en materia constitucional, en las múltiples e imprevisibles circunstancias de hecho ponderadas en la valoración de las violaciones de los principios de igualdad y dignidad de la persona, o de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales. En todos estos casos los jueces no valoran las normas a las que están sujetos, sino, precisamente, los hechos que están llamados a juzgar. No pesan las normas, sino las circunstancias de los hechos sometidos a su juicio. Y no pueden dejar de hacerlo porque el juicio no versa sobre los hechos en abstracto, sino sobre hechos concretos y sus circunstancias irrepitibles.

leyes constitucionales», afirmando con esto su superioridad jerárquica en relación con otras normas de la misma Constitución.

⁴⁰ J. J. MORESO, «Conflitti tra principi costituzionali», en *Ragion pratica*, núm. 18, 2002, 201-220; D. MENDONCA, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2005; M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, op. cit., 69-70; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., 218-219.

⁴¹ P. TRIMARCHI ha situado la «valoración comparativa de dos intereses contrapuestos» en la base del problema del ilícito civil, «Illecito (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 98.

Este tipo de ponderación equivale, pues, a una operación requerida por la que he llamado la dimensión equitativa de la jurisdicción: una dimensión indebidamente descuidada por la reflexión epistemológica, a pesar de ser componente esencial e ineludible de cualquier juicio⁴². En materia de equidad, hay un equívoco epistemológico que pesa sobre nuestra tradición jurídica, a partir de ARISTÓTELES. La equidad sería «una corrección de la justicia legal»⁴³, «lo justo que está fuera de la ley escrita»⁴⁴, «la recta razón, que interpreta y enmienda la ley escrita»⁴⁵, «una ruptura del derecho formal»⁴⁶, «la muleta de la justicia» que «nos obliga a transgredir la justicia formal»⁴⁷, un remedio de las deformaciones de la ley mediante el recurso al «derecho natural»⁴⁸, o, en fin, «la justicia del hombre en contraste con la justicia de la ley»⁴⁹. En realidad, aquélla no se opone en modo alguno a la ley o a la justicia legal o formal, pues no consiste sino en la comprensión y en la valoración de las concretas e irrepetibles circunstancias y connotaciones que hacen a cada hecho diverso de todos los demás, aunque pertenezcan todos al mismo supuesto legal. Es, en suma, un tipo de averiguación fáctica inevitablemente exigido, sobre todo ante un concurso de normas, por la comprensión de la singularidad de los hechos, y no, por cierto, una fuente o un método de producción normativa⁵⁰. Por lo demás, como prueba de la tesis de que la ponderación tiene por objeto, no las normas, sino las circunstancias de los hechos previstos por ellas, los propios teóricos de la ponderación de los principios, en el análisis de las argumentaciones en apoyo de las soluciones ponderadas de los llamados «casos difíciles», hacen siempre referencia al carácter concreto de tales casos y a su irrepetible singularidad⁵¹.

Es pues evidente que la valoración equitativa de los hechos juzgados retroactúa sobre la que he llamado «interpretación operativa» y que, por ello, en la identificación de las normas más apropiadas, se orienta por la singularidad de los hechos sometidos a

⁴² *Derecho y razón*, op. cit., cap. III, § 11, 155-166.

⁴³ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, introducción de E. LLEDÓ, trad. y notas de J. PALLÍ BONET, Madrid, Gredos, 1988, V, 10, 1137b, 263.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Retórica*, edición de Q. RACIONERO, Madrid, Gredos, 1990, I, 13, 1374^a, 285.

⁴⁵ T. HOBBS, «Diálogo entre un filósofo y un jurista» [1655], en *Diálogo entre un filósofo y un jurista y otros escritos autobiográficos*, edición de M. A. RODILLA, Tecnos, 58 y 65, donde HOBBS retoma la definición de equidad de Sir Edward Coke.

⁴⁶ G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política* [1821], trad. de J. L. VERMEL, Barcelona, Edhasa, 1988, apartado 23, 295.

⁴⁷ Ch. PERELMAN, *La justicia* [1945], trad. de R. GUERRA, México, UNAM, 1964, 46.

⁴⁸ F. CARNELUTTI, *Derecho y proceso*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, EJE, 1971, 158.

⁴⁹ N. BOBBIO, «Governo degli uomini e governo delle leggi?» [1983], en *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, 161 (hay trad. esp. de J. MORENO, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés, 1985).

⁵⁰ Que es como parece que entiende, en cambio, M. ATIENZA, tanto la ponderación como la argumentación (en *El derecho como argumentación*, op. cit.). Quizá es lo que explica el hecho de que ATIENZA considere ponderación y argumentación como temas de la teoría del derecho; y, consecuentemente, también el reproche que, como otros, me ha dirigido tantas veces, de la falta de una teoría de la interpretación y de la argumentación en mi teoría del derecho. Esta ausencia se debe al hecho de que la teoría de la interpretación, como la teoría de la prueba, la teoría de la equidad y, por otra parte, la teoría del método axiomático en la construcción de la teoría del derecho, pertenecen a la teoría del conocimiento jurídico: la primera a la teoría del conocimiento, doctrinal y judicial, del derecho vigente; la segunda a la teoría del razonamiento probatorio; la tercera a la teoría de la comprensión equitativa; la cuarta a la metateoría del derecho.

⁵¹ R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., § 3.2, 89: «en los casos concretos los principios tienen diferente peso» y «prima el principio con mayor peso». La misma referencia a la ponderación en los «casos concretos» se encuentra en M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, op. cit., cap. 3, § 8, 168-174.

juicio⁵². De aquí la variedad de las interpretaciones y de las máximas producidas por la inabarcable casuística jurisprudencial. Pero lo que cambia no son las normas, siempre las mismas, sino los hechos, que son siempre diversos y que el juez lee *sub specie iuris*, es decir, según la pertinencia de las reglas que está llamado a aplicar y su interpretación sistemática. Volviendo a nuestros ejemplos, el juez no pondera las normas sobre las circunstancias agravantes y atenuantes, las normas que incriminan conductas, las relativas a las eximentes, o las normas sobre la libertad de prensa y sobre el derecho a la privacidad. Y ni siquiera deriva las reglas aplicables de la ponderación de los diversos principios subyacentes a las mismas, al contrario de lo que dice ALEXY. Sí pondera, en cambio, las diversas circunstancias fácticas que justifican la prevalencia de las agravantes o las atenuantes, las particularidades del hecho que justifican o no la aplicación de una eximente, o bien si el hecho es un legítimo ejercicio de la libertad de prensa o una violación de la privacidad ajena.

7. DERECHO VIGENTE Y DERECHO VIVIENTE

En definitiva, la ponderación como método de solución de los problemas interpretativos no tiene cabida en la aplicación de la ley. Es una metáfora sugestiva, que como todas las metáforas, si tomada al pie de la letra, introduce inevitables distorsiones. Los principios no son normas expuestas a las opciones ponderadas de los legisladores y de los jueces, sino, por el contrario, límites y vínculos impuestos a unos y otros. En cuanto a los conflictos, los dilemas y las incertidumbres que se dan en presencia de concursos de normas, se resuelven en el plano general y abstracto con argumentos, aunque sean opinables y controvertidos, en apoyo de la calificación jurídica propuesta como la más correcta a tenor de las normas existentes. Y cuando los concursos y los dilemas surgen a propósito de los casos concretos, a través de la comprensión y la valoración equitativa de las circunstancias, singulares e irrepitibles, que hacen a cada caso irreductiblemente distinto de todos los demás. En ambos tipos de supuestos, concebir la ponderación como opción ponderada de una norma con menoscabo de otra⁵³ y admitir por tanto la derogabilidad de las normas constitucionales⁵⁴, equivale a hacer vana la sujeción del

⁵² «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, I, 1966, 290-304, y últimamente en *Pil*, Preliminares, 98; § 4.4, 220-221; § 6.12, 320-321; § 8.8, 423-424; § 9.6, 488; § 9.16, 533-534; § 12.8, 831-836.

⁵³ «Cuando dos principios entran en colisión» —afirma, por ejemplo, ALEXY—, «uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso» (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., cap. III, § 3.2, 89). De este modo, escribe justamente R. GUASTINI, la ponderación acaba por resolverse en una técnica argumentativa consistente, no en atemperar principios, sino en apartar, suprimir o sacrificar uno en beneficio del otro, además, según una «jerarquía axiológica móvil» entre principios, variable caso por caso a discreción del intérprete (*L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 216-221 y 252-253).

⁵⁴ En inglés «*defeasibility*», en castellano «derrotabilidad». Sobre los diversos significados de «defectibilidad» («*defettibilità*»), vid. P. CHIASSONI, «La defettibilità nel diritto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 2, 471-506. «Los principios son normas derrotables» afirma, por ejemplo, A. GARCÍA FIGUEROA, y «la derrotabilidad es una propiedad esencial de las normas jurídicas en los Estados constitucio-

juez a la ley. La ponderación, entendida de ese modo, repito, es una operación jurídicamente incompatible con el principio de legalidad y con la lógica del estado de derecho. Otra cosa es que se llame ponderación a cualquier tipo de opción interpretativa de las que siempre concurren en la práctica jurídica, pero entonces convendría no usar esa palabra, ya comprometida con las teorías que la han contrapuesto a la subsunción. En cualquier caso, ponderación es un término infeliz y distorsionador: porque transforma la aplicación de la ley en una operación desvinculada de ésta, o porque se usa con un significado demasiado extenso, hasta el punto de designar cualquier tipo de razonamiento jurídico y de interpretación sistemática. La cuestión no es meramente terminológica. Las teorías cumplen un papel performativo del derecho y del imaginario de los jueces y los juristas. Uno de los argumentos habitualmente usado en apoyo de la ponderación es el realista, conforme al cual ponderación es, precisamente, lo que hacen los jueces. Admitiendo, solo como hipótesis, que (y en todo caso en la medida en que) fuera ciertamente eso lo que hacen los jueces —y no la normal interpretación sistemática del complejo conjunto de las normas de que se compone cualquier ordenamiento—, la teoría de la ponderación serviría para legitimar y favorecer esa práctica, anómala e impropia al mismo tiempo.

Todo esto no excluye en modo alguno el papel de la argumentación por principios. Al contrario, puede afirmarse que toda la actividad jurisprudencial, precisamente porque sometida a la ley y por ello a la carga de la motivación, consiste en una actividad argumentativa además de, y antes que, aplicativa. Esta fenomenología del derecho —de la legislación, por una parte, y de la jurisdicción por otra— puede verse con más claridad distinguiendo netamente entre el *derecho vigente* y el *derecho viviente*. Esta distinción es el reflejo de la necesaria ambivalencia del derecho moderno, ligada a su vez a su naturaleza lingüística y positiva. Gracias a esta naturaleza lingüística, todo fenómeno normativo puede ser considerado al mismo tiempo como acto normativo y como norma, el primero como signo y causa de la segunda, la segunda como significado y efecto del primero⁵⁵. Por eso cabe dar dos respuestas a la pregunta «qué es el derecho positivo», diversas pero ambas empíricamente plausibles a tenor de los dos puntos de vista desde los que cabe observar el fenómeno jurídico. Podemos responder que el derecho consiste en el conjunto de los actos lingüísticos y de los enunciados prescriptivos válidamente producidos por las autoridades normativas de un determinado ordenamiento. Pero también podremos decir que el derecho consiste en el conjunto de los significados normativos asociados a aquellos enunciados por la interpretación de los operadores jurídicos. La primera respuesta es la propia de las concepciones normativistas, la segunda es la ofrecida por las concepciones realistas del derecho: dos concepciones por lo general contrapuestas, pero que se implican recíprocamente,

nales», de modo que la norma «N puede verse inaplicada [mediante la ponderación] y debe serlo si y solo si surgen nuevas excepciones justificadas y que quizá no fueron previsibles *ex ante*» (*Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 20, 151 y 136). Sobre el «carácter defectible» de los derechos fundamentales consecuente a sus potenciales conflictos y sobre el «carácter aproximativo» de su interpretación consecuente a su indeterminación, *cfr.* también T. MAZZARESE, «Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione “politicamente scorretta”», en *Ragion pratica*, núm. 35, 2010, § 5.3.

⁵⁵ Sobre las relaciones de implicación recíproca entre signo y significado, entre causa y efecto, entre fuente o acto normativo y norma, remito a *Pil*, § 4.1, D4.1, 209-211; § 5.4, D5.2 y T5.29-T5.31, 256-259; § 8.1, D8.2, 397-399, y § 9.5, T9.60-T9.61, 479.

como caras de la misma moneda⁵⁶. El postulado del positivismo jurídico es el principio normativista de que el derecho es todo y sólo lo que es puesto o producido por las autoridades habilitadas para producirlo, es decir, un conjunto de signos y de enunciados normativos. Pero este principio, esencial para asegurar al derecho objetividad positiva e intersubjetividad, se conjuga necesariamente con el principio realista de que el derecho es la pluralidad de las interpretaciones normativas asociables a tales signos y enunciados. Podemos disentir sobre el significado de la norma sobre el hurto contenida en el art. 624 del Código Penal italiano. Pero lo que representa nuestra común referencia empírica es el enunciado formulado por tal artículo.

Por eso diremos que el *derecho vigente* (positivo, objetivo o empíricamente existente) es el conjunto de los actos y de los enunciados prescriptivos producidos, en un determinado ordenamiento, por las autoridades habilitadas en él para la producción normativa; y que el *derecho viviente* (interpretado, argumentado o aplicado) es el conjunto de las interpretaciones diversas y diversamente argumentadas según los diversos intérpretes y las diversas circunstancias de hecho, ofrecidas por la jurisprudencia. El primero enuncia, como los diccionarios, las reglas de uso de los términos de la lengua jurídica —«hurto», «apropiación indebida», «libertad de prensa», «dignidad de la persona», etc.—; el segundo es el lenguaje jurídico que utiliza tales términos aplicando sus reglas de uso. Por eso, una cosa es reconocer las incertidumbres y los dilemas que se dan en el uso de la lengua, y de ahí la carga de la motivación argumentada de las opciones interpretativas; y otra distinta transformar la argumentación en una fuente de producción del derecho vigente. El derecho vigente es la única lengua de que disponen los jueces para nombrar los hechos que enjuician: como hurto o apropiación indebida, como ejercicio de la libertad de prensa o como difamación, no porque pesen el significado de estas palabras —es decir, las normas sobre el hurto, la apropiación indebida, la libertad de prensa y sobre la dignidad de las personas (más de lo que pesamos, hablando, las palabras «silla» o «butaca») —, sino porque valoran (o, si se quiere, pesan) las particularidades singulares de los hechos enjuiciados que los hacen identificables y más fundadamente designables como hurto, apropiación indebida, legítimo ejercicio de la libertad de prensa o indebida difamación lesiva de la dignidad personal.

Por otra parte, es claro que derecho vigente y derecho viviente se implican recíprocamente, del mismo modo que cada signo implica uno o más significados y todo significado implica un signo. El derecho viviente es como lo interpretan, lo argumentan y lo aplican los operadores jurídicos. En este sentido, tanto si el derecho vigente está formulado en reglas como si lo está en principios, se presenta efectivamente «como argumentación», según la bella imagen propuesta por M. ATIENZA⁵⁷. Pero su base empírica es el

⁵⁶ Cfr., sobre la cuestión, A. RENTERÍA DÍAZ, «Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli», en P. DI LUCIA (ed.), *Assiomática del normativo*, op. cit., 199-222. Sobre la distinción entre «derecho vigente» y «derecho viviente», remito a *Intorno a «Principia iuris»*, op. cit., *ibid.*, § 14.1.3.2, 243-248.

⁵⁷ M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, op. cit. En este sentido el derecho viviente corresponde a la concepción realista y pandectística del derecho recientemente expresada por R. GUASTINI: «Los textos normativos no tienen, por así decirlo, vida propia independientemente de la interpretación y de la dogmática, de modo que lo que nosotros llamamos “el derecho” es indistinguible de los conceptos y de las doctrinas que usan los juristas, *aparentemente* para describirlo en el nivel del metalenguaje, *en realidad* para modelarlo. En resumen, desde este punto de vista, el derecho es —en todo tiempo y lugar— simplemente indistinguible, como habría dicho G. Tarello, de la “cultura jurídica”» (R. GUASTINI, «Algunos aspectos de la metateoría de “Principia iuris”», en *Doxa*, núm. 31, 2008, 254-255).

derecho vigente, reconocible a partir del principio de legalidad. Por eso es inadecuado e insuficiente el enfoque realista, que identifica el derecho sólo con el derecho viviente, ignorando, o, en cualquier caso, descuidando su base empírica, positiva, objetiva o vigente; del mismo modo que es inadecuado e insuficiente el enfoque puramente normativista, que identifica el derecho sólo con el derecho vigente, ignorando o, en todo caso, descuidando el papel performativo del derecho viviente desarrollado por la ciencia jurídica y por la jurisprudencia⁵⁸. Esquemáticamente, limitándonos a la relación entre ley ordinaria y juicio, diremos que el derecho vigente es producido por la legislación y la constitución, mientras que el derecho viviente lo produce la jurisdicción. Ni la jurisdicción ordinaria puede producir o alterar el derecho vigente en sus distintos niveles, al que está subordinada; ni la legislación puede producir o alterar el derecho viviente por el que es aplicada⁵⁹. Éste es, en último término, el sentido de la separación de poderes.

8. EL CONSTITUCIONALISMO, LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

Es precisamente la separación de poderes la que resulta comprometida por las doctrinas principialistas. Dado que conciben los derechos constitucionalmente establecidos como *principios* objeto de *ponderación*, y no como *reglas* objeto de *aplicación*, promueven un activismo judicial que comporta el riesgo de disolverse en una profunda desnaturalización de la jurisdicción, que tales doctrinas convierten en una fuente de derecho. Esto, según una concepción de ascendencia estadounidense, que en virtud de la regla del *stare decisis* atribuye a aquella un carácter creativo e innovador y un papel sustancialmente legislativo⁶⁰. Nacida en el sistema jurídico americano de *common law* basado en los precedentes como fuente y en la no completa identificación entre derecho y legislación, esa concepción ha sido aplicada por tales doctrinas al constitucionalismo europeo, a partir de una lectura en términos de principios morales sugerida, sobre todo en Alemania, por la «jurisprudencia de los valores» adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en oposición al formalismo paleopositivista. De aquí el aval, en nombre de una mayor racionalidad, a la discrecionalidad judicial a través de la técnica de la ponderación y la consideración de la jurisprudencia constitucional como «fuente primaria» del derecho⁶¹.

⁵⁸ Sobre el papel performativo de la teoría y de la ciencia jurídica en relación con su objeto, *vid.* también *PiI*, Introducción, § 7, 31-36, y *PiII*, 40-41, 55-56, 98-101, 585-586 y 803-804.

⁵⁹ Por eso diremos, con referencia, por ejemplo, al ordenamiento italiano, que la Corte de Casación, es decir, la jurisdicción de legitimidad, censura el derecho viviente dejando intacto el derecho vigente. La Corte Constitucional, como jurisdicción sujeta al derecho constitucional vigente, censura, en cambio, el derecho legislativo vigente, anulando las leyes que contradigan las normas constitucionales vivientes. La primera interviene sobre los significados, esto es, sobre el lenguaje del derecho, o sea, sobre la validez del uso de los signos legislativos por parte de los jueces. La segunda, cuando no se limita a recomendar interpretaciones compatibles con la constitución, interviene sobre los signos, sobre la misma lengua del derecho, por tanto, sobre la validez de los signos producidos por el legislador.

⁶⁰ L. LUIZ STRECK ha ilustrado la que llama la deriva «pamprincipialista» del derecho y de la jurisprudencia brasileñas, recogiendo una larga serie de principios de creación jurisprudencial carentes de cualquier anclaje en el texto constitucional y solo fruto de la inventiva moral de los jueces (*Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias discursivas. Da possibilidade a necessidade de respostas corretas em direito*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, § 13.5, 470-496).

⁶¹ Sobre esta mutación de la jurisdicción constitucional en fuente de derecho a través de la ponderación y sobre su ascendencia en la tradición constitucional estadounidense y alemana, *vid.* L. L. STECK, «Neocons-

Se trata de una tesis que es inadmisibles para el enfoque garantista. La idea de que las sentencias sean fuente contradice el principio de legalidad, la sujeción de los jueces *solamente* a la ley y, por eso, la separación de poderes: en síntesis, la propia sustancia del estado de derecho, al menos según ha sido estructurado en los sistemas de *civil law*. Al igual que la tesis que postulase como fuente la doctrina, equivale a la propuesta de una regresión al derecho premoderno. Frente a tesis semejantes es necesario insistir que «fuentes» son sólo los actos o los hechos a los que el ordenamiento atribuye como efecto la producción de normas vigentes que innovan o modifican el ordenamiento mismo⁶²; de este modo, en los sistemas de *civil law*, la producción del derecho vigente está reservada a las instituciones políticas o representativas, sean legislativas o de gobierno, a través de cuyo ejercicio se crea nuevo derecho, esto es, nuevas normas destinadas a la aplicación judicial.

Ciertamente, los precedentes jurisdiccionales tienen una notable capacidad de influencia en la jurisdicción. Pero es esencial no confundir prestigio (*autorevolezza*) y autoridad, fuerza persuasiva y fuerza autoritativa. Solamente la autoridad es fuente de derecho, según el clásico brocardo *auctoritas non veritas facit legem*. En cambio, la fuerza vinculante de los precedentes se funda sólo en el prestigio sustancial, y no en alguna autoridad formal como la que compete al poder legislativo⁶³. En pocas palabras, en nuestros sistemas, los precedentes jurisprudenciales tienen el valor de argumentos persuasivos, pero no el valor de leyes. Valen por su sustancia y no por la forma o el órgano que los produce. Resultan invocados en otras sentencias por el valor asignado a la coherencia, es decir, a una cierta uniformidad tendencial de la jurisprudencia, demandada a su vez por el principio de igualdad ante la ley, y no, ciertamente, por su carácter de «fuentes» vinculantes en cuanto tales. Influyen en la producción del derecho viviente, pero no sobre la del derecho vigente. Dicho de otro modo, pueden, pero no deben, ser asumidos como base de otras decisiones jurisdiccionales⁶⁴.

tucionalismo, positivismo e pós-positivismo», en L. FERRAJOLI, L. L. STRECK y A. KARAM TRINDADE (eds.), *Garantismo, ermenêutica e (neo-)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, 61-63; y A. KARAM TRINDADE, *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis, ibid.*, 109-114.

⁶² En este sentido, *vid.* ultimamente, por ejemplo, G. PINO, «La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione», en *Ars interpretandi*, XVI, 2011, 22-23.

⁶³ Desde este punto de vista, a mi juicio, representa una aporía en un ordenamiento de *civil law* la llamada «sumula vinculante» introducida por el art. 103-A de la Constitución brasileña, aprobado mediante la Enmienda constitucional núm. 46/2004, que dota expresamente a la misma de un «efecto vinculante» para todos los órganos del poder judicial y administrativo cuando sea aprobada por los dos tercios de los miembros del Tribunal Supremo Federal. Con ello se contradice la separación de poderes bajo un doble punto de vista: sobre todo por el papel sustancialmente legislativo atribuido a un órgano jurisdiccional; en segundo lugar, por la lesión de la sujeción del juez solamente a la ley. Algunos han visto una aporía del mismo tipo —con violación de la «sujeción del juez solamente a la ley» establecida en el art. 101.2.^o de la Constitución italiana— en el art. 360 bis introducido en el Código Procesal Civil mediante la Ley 69/2009, de 18 de junio, según el cual no se admite el recurso de casación «cuando la resolución impugnada haya decidido las cuestiones de derecho de conformidad con la jurisprudencia de la Corte y el examen de los motivos no ofrezca elementos para confirmar o modificar la orientación de la misma». En realidad esta norma, que no mira a las sentencias de los jueces sino a los recursos de las partes, para desincentivarlos, exigiendo en ellos cuando menos razonamientos adecuados, no altera en ningún sentido el valor solo «argumentativo» de los precedentes en el ordenamiento italiano. *Vid.*, en este sentido, el amplio análisis de P. CHIASSONI, *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2012, cap. VI, 211-266.

⁶⁴ G. PINO, *op. cit.*, 45, habla al respecto de «fuentes permisivas» que «pueden ser tomadas en consideración» pero también ignoradas «sin viciar por ello la validez de la decisión». La expresión «fuentes permisivas»

En cambio, afirmar que los jueces crean derecho equivale a confundir interpretación e innovación, aplicación y producción, jurisdicción y legislación, constatación del significado de las leyes y voluntad legislativa, derecho viviente y derecho vigente. De aquí la singular pero no casual convergencia de constitucionalismo principialista, realismo jurídico y neopandectística⁶⁵. Con un doble resultado. De un lado, estas confusiones comprometen la fuente de legitimación de la jurisdicción y de su independencia —la aplicación de la ley y la exclusiva subordinación a la ley—, favoreciendo la pretensión de que los jueces, en cuanto producen y no simplemente aplican el derecho, deben ser elegidos o designados por órganos electivos, o sea, recibir también ellos legitimación de la representación política al igual que las funciones de gobierno. De otro, estas mismas confusiones, que fueron propias del paradigma jurisprudencial del derecho común antes de que se afirmase el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente, favorecen una paradójica regresión premoderna de la que es la más avanzada experiencia de la modernidad jurídica. En efecto, el constitucionalismo principialista, al asociar el papel de fuente a la jurisprudencia, debilita la normatividad de las constituciones, confiando la opción de qué principios constitucionales respetar o no respetar, actuar o no actuar, a la ponderación judicial y no sólo legislativa, con el consiguiente vuelco de la jerarquía de fuentes. Justo lo opuesto de lo que reclama el constitucionalismo garantista con la teorización de la divergencia deóntica entre el deber ser constitucional y el ser legislativo del derecho y del consiguiente virtual desarrollo del derecho constitucionalmente ilegítimo, tanto por acción como por omisión: un desarrollo que hoy está comprometiendo al estado de derecho y a la democracia y de cuya crítica y superación dependerá el futuro de uno y otra.

(Traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ)

está tomada de H. L. A. HART, *El concepto de derecho* (1961), trad. esp. de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, segunda nota al capítulo VI, 312, que la ha usado —en oposición a las «fuentes formales» u «obligatorias» que el ordenamiento impone aplicar— para designar las «buenas razones» en que se fundan las decisiones tomadas, por ejemplo, de «un texto del Digesto» o de la obra de «algún jurista francés». A. PIZZORUSSO, a su vez, en un parágrafo titulado «Razones que justifican la inclusión del precedente entre las fuentes del derecho», habla de «eficacia persuasiva» del precedente (*Delle fonti del diritto. Articoli 1-9*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 2012, 723-726). Todas estas consideraciones —el hecho de que los precedentes tengan solo una eficacia persuasiva, que únicamente consistan en buenas razones no impuestas al juzgador, que, en fin, como escribe PINO, no basten por sí solas para fundar una decisión judicial (*op. cit.*, 45)— son, no obstante, otras tantas razones que *no* justifican en absoluto la inclusión del precedente entre las fuentes del derecho, sino que, al contrario, la excluyen como un factor de confusión inútil y distorsionador.

⁶⁵ Ya señalada en *Intorno a «Principia iuris»*, *op. cit.*, § 14.1, 4, 250-252, y en *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, *op. cit.*, § 2, 21-23.

