

ESTUDIOS SOBRE
**CONSTITUCIÓN
Y DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Paolo Comanducci



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO



CENTENARIO
DE LA **CONSTITUCIÓN**
Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

Colección
Constitución y Derechos



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales

Paolo Comanducci



Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2016

Primera edición: noviembre de 2016

Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales

© Paolo Comanducci

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-29-5

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación

Rogelio Flores Pantoja

Edición

Carolina Hernández Parra

Alfredo Pérez Guarneros

Diseño de portada

Antonio Rangel

Formación

Felipe Luna

Contenido

Prefacio	11
I. Epistemología jurídica	13
1. Conocer el derecho	13
2. Empirismo y constructivismo	15
3. El objeto “derecho”	18
4. La teoría del derecho	24
II. El objeto “Constitución” y su interpretación	27
III. El neoconstitucionalismo	41
1. Neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico	41
1.1. Neoconstitucionalismo teórico	43
1.2. Neoconstitucionalismo ideológico	45
1.3. Neoconstitucionalismo metodológico	52
2. Algunas consideraciones críticas	53
IV. Democracia y derechos fundamentales	59
1. Introducción	59
2. Diferentes enfoques y sentidos	60
3. Modelo de Estado constitucional de derecho	72

4. Críticas al modelo de Estado constitucional de derecho	75
5. Respuesta a las críticas: el contractualismo	77
6. Conclusión	83
V. Problemas de compatibilidad	
entre derechos fundamentales	85
1. Introducción	85
2. Nivel teórico	87
2.1. Teorías del derecho	87
2.2. (In)compatibilidad entre derechos fundamentales	89
2.3. (In)compatibilidad en abstracto	91
2.4. (In)compatibilidad en concreto	99
Bibliografía	105

Prefacio

Accediendo a la amable invitación del director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, maestro Rogelio Flores, reúno en este pequeño volumen algunos ensayos que a lo largo de las últimas décadas he dedicado al derecho constitucional desde el punto de vista general y abstracto, típico de la teoría analítica del derecho.

Los temas tratados son diferentes pero interconectados entre sí. Se empieza (cap. I) planteando la pregunta básica y preliminar de cómo se conoce el derecho, cuestión que a su vez depende de cómo se configura el objeto “derecho”: ¿es el derecho un conjunto de hechos o un conjunto de normas? El debate epistemológico entre empiristas y constructivistas se cruza entonces con el debate iusteórico entre realistas y normativistas, produciendo un abanico de respuestas, cada una de las cuales esclarece algún aspecto del fenómeno jurídico y de su complejidad.

Ya que la Constitución es pacíficamente considerada una pieza fundamental de los derechos contemporáneos, se analizan a continuación (cap. II) las distintas configuraciones que se han plasmado del objeto “Constitución”, según el uso teórico o práctico que de tal objeto se quiere realizar. Entre las respuestas relevantes a la pregunta “¿qué es la Constitución?”, se han destacado algunas que conllevan el problema de la supuesta especificidad de la interpretación constitucional frente a la interpretación de los demás documentos normativos.

Sucesivamente (cap. III) se presenta el marco teórico e ideológico en que se desarrollan los debates antes analizados, es decir

la galaxia del neoconstitucionalismo, de la que se ofrece un análisis crítico y una tentativa de sistematización.

El movimiento del neoconstitucionalismo está estrechamente conectado al fenómeno de la constitucionalización del derecho, que está afectando casi todos los sistemas jurídicos contemporáneos. El rol central que ocupa en ellos la Constitución puede generar tensiones con la idea misma del régimen democrático, concebido como una forma de gobierno en que las decisiones públicas son tomadas en cada situación deliberativa por la mayoría de los votantes. En el capítulo IV se examinan estas tensiones y se aboga por un modelo de Estado de derecho en el cual los procedimientos democráticos encuentren su límite en la Constitución, y sobre todo en los derechos fundamentales que ella expresa y garantiza.

Finalmente (cap. V) se retoma el asunto del conocimiento del derecho, y en particular de la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por la así llamada “ciencia jurídica”, y discutiendo algunas tesis de Luigi Ferrajoli, se critican las posturas “irenistas” en materia de derechos fundamentales y se reafirma el rol central de la interpretación en el conocimiento y en el uso del derecho.

Córdoba (Argentina), agosto de 2016

I. Epistemología jurídica

1. CONOCER EL DERECHO

Que el derecho pueda ser conocido, es en sentido técnico una presuposición, o sea, un presupuesto necesario de muchas prácticas sociales complejas. Su cognoscibilidad —podríamos decir: la calidad disposicional del derecho a ser conocido objetivamente— otorga sentido a prácticas que de otra forma no lo tendrían, como por ejemplo:

- la enseñanza del derecho y su correlativo aprendizaje;
- el asesoramiento legal por parte de “profesionales” o “expertos”,
- las discusiones entre las partes en un proceso acerca de la solución correcta del conflicto —es decir, la solución basada sobre el derecho aplicable— y la actividad de aplicación de normas previas por parte de los jueces;
- el conjunto de operaciones llevadas a cabo por la dogmática jurídica, y
- las creencias compartidas en la certeza del derecho como valor e ideal regulativo, etcétera.

En otras palabras, debemos presuponer que el derecho es cognoscible si queremos llevar a cabo esas actividades sin engañar “ideológicamente” no solo a los demás, sino a nosotros mismos.

Ni los más radicales representantes del realismo jurídico, escandinavo o estadounidense, o de los *Critical Legal Studies*, han llegado a negar la posibilidad de conocer de alguna forma, algo al que se le pueda llamar “derecho”, dado que ellos tienen como

mínimo la pretensión de presentar teorías científicas verdaderas acerca del derecho.

Pero circulan dudas sobre el grado de *objetividad* del conocimiento jurídico. Dudas como las de los realistas, que provienen del interior del pensamiento jurídico, o dudas externas que provienen de los estudios económicos o políticos.

Y entonces, ¿cómo se conoce el derecho?, ¿con qué metodología, instrumentos, procedimientos? Las formas de conocer el derecho —tema que intentaré tratar de manera muy general en este breve ensayo— son el objeto de la epistemología jurídica.¹

La epistemología jurídica guarda unas relaciones muy estrechas con la reflexión sobre la ciencia del derecho,² que en efecto ha sido, y es a menudo presentada como el objeto específico de la epistemología jurídica. La reconstrucción histórica y el análisis, también comparativo del “método” propio de la ciencia del derecho, serían entonces las tareas típicas de la epistemología jurídica. No puedo aquí sin embargo, por razones evidentes, dar cuenta en perspectiva diacrónica de la discusión sobre el “método” de la ciencia del derecho.³ Me parece suficiente subrayar cómo el eje central de estas discusiones son las relaciones —de inclusión-exclusión, de asimilación-diferenciación— entre la ciencia del derecho y la ciencia, o más modestamente, las otras ciencias. El cambio de las concepciones —y de las prácticas— de la ciencia ha afectado sin lugar a dudas la configuración de

¹ Cfr. Samuel, G., *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate, 2003, p. 12: “Legal epistemology will thus involve a reflection on the activity of legal science or, if the notion of a legal science is unacceptable, on what it is to have knowledge of law”.

² Cfr. Calsamiglia, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986; Nino, C. S., *Algunos modelos metodológicos de ‘ciencia’ jurídica*, México, Fontamara, 1993; Ratti, G. B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Turín, Giappichelli, 2008.

³ Cfr. al menos, acerca del debate en los siglos XIX-XX: la clásica obra de Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Göttingen-Heidelberg, Springer, 1960; Carrino, A. (ed.), *Metodologia della scienza giuridica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989; Chiassoni, P., *L’utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Turín, Giappichelli, 2005; y la síntesis muy ágil de Millard, É., *Théorie générale du droit*, París, Dalloz, 2006.

la ciencia del derecho, determinando al menos parcialmente, su modificación. Para entender la situación actual de la epistemología jurídica, debemos por tanto, dirigir nuestra atención hacia el debate epistemológico contemporáneo, hacia las discusiones actuales acerca de la ciencia y más en general, acerca de las formas de conocimiento.

2. EMPIRISMO Y CONSTRUCTIVISMO

Las dos posturas —las dos familias de concepciones— que en el último siglo se han enfrentado en el campo epistemológico, son el empirismo y el constructivismo.⁴ El primero supone necesariamente el realismo “metafísico”, es decir, la convicción, que no puede ser verificada empíricamente, de que existe un mundo externo, independiente de los sujetos que lo conocen. El segundo no supone necesariamente el realismo “metafísico”, pero tampoco lo rechaza necesariamente.

Según el empirismo, la dirección de ajuste (*direction of fit*)⁵ apropiada —también en las ciencias sociales— es la que podríamos llamar episteme-a-mundo: la epistemología depende de la ontología, la epistemología adecuada es la que se ajusta al objeto investigado (a su naturaleza, a su manera de ser). Según el constructivismo, en cambio, la dirección de ajuste apropiada —también y quizás sobre todo en las ciencias sociales— es la que podríamos llamar mundo-a-episteme: la ontología depende de la epistemología, en el sentido que no hay para los hombres otra manera de acceder a la “realidad” que a través de nuestras “gafas” epistemológicas.

El empirismo es una postura muy bien conocida y casi de sentido común desde hace tiempo. Utiliza el concepto de verdad como correspondencia y criterios heurísticos verificacionistas (o bien falsacionistas). La postura constructivista y su noción

⁴ En muchas ocasiones estas posturas han sido también llamadas, respectivamente, realismo y antirealismo. Prefiero no utilizar estas dos expresiones en aras de evitar una confusión con otros “realismos” mencionados en el texto: el metafísico y el jurídico.

⁵ Cfr. Anscombe, G. E. M., *Intention*, Oxford, Blackwell, 1957, sect. 32.

de “niveles de realidad”,⁶ es en cambio relativamente reciente y menos conocida. Por eso me parece pertinente presentarla con algún detalle.

Según el constructivismo, podemos conceptualmente distinguir una visión retínica y una visión epistémica del mundo. La primera está constituida por la percepción de los datos sensoriales brutos que nos permite ver el mundo, pero no entenderlo. Vemos cosas, oímos sonidos, olemos aromas, etc., pero no los entendemos, no los conocemos, no los reconocemos, etc. La visión retínica es igual para todos los seres humanos “normales” y nos ofrece una idéntica imagen del mundo. La visión epistémica en cambio, está constituida por la inserción de los datos sensoriales en la red de nuestros conocimientos previos, por la reelaboración de esos datos a la luz de nuestros conocimientos, por la misma parcial determinación de lo que vemos sobre la base de lo que nos esperamos ver. Se trata, por tanto, de una visión impregnada de teoría, que por supuesto utiliza además instrumentos que potencian los cinco sentidos humanos. Siempre, después de los primeros meses de vida, los hombres tienen una visión epistémica, en el sentido de que la visión retínica incesantemente viene reelaborada epistémicamente.

La visión epistémica, dependiendo de la calidad y cantidad de los conocimientos poseídos, puede brindarnos y de hecho nos brinda una visión “estratificada” del mundo: la realidad es percibida diferentemente según los diferentes puntos de vista que se asumen. Expresándose de otra forma, podríamos decir que percibimos —o sea construimos— varios niveles de realidad. Un mismo objeto, un mismo estado de cosas puede, por tanto, tener apariencias profundamente distintas según la diferente visión epistémica con la que se lo mira.

Pongo un ejemplo trivial. Una mesa está constituida por una superficie compacta y sin huecos, si su imagen retínica está reelaborada epistémicamente en el interior de una teoría física

⁶ Cfr. Goodman, N., *Ways of Worldmaking*, Indianapolis-Cambridge, Hackett, 1978; Piattelli Palmarini, M. (ed.), *Livelli di realtà*, Milán, Feltrinelli, 1984; Watzlawick, P. (ed.), *L'invention de la réalité. Comment croyons-nous ce que nous croyons savoir?* (1981), París, Seuil, 1992.

preatómica, mientras que está constituida por una red de conexiones químicas y electromagnéticas, y entonces tiene muchos “huecos”, si su imagen retínica, tal vez a través de un microscopio, está reelaborada epistémicamente en el interior de una teoría física contemporánea. No tiene mucho sentido afirmar que la primera imagen es falsa —o irreal— y la segunda es verdadera —o real—, o viceversa. Solo se trata de dos diferentes niveles de realidad o si se prefiere, de la adopción de dos distintos puntos de vista. Por decirlo con las palabras de uno de los constructivistas más convencidos en el ámbito jurídico: “la única realidad con la que tenemos contacto es una *realidad para nosotros*, en el sentido de una realidad que constituye el resultado, siempre revisable, de nuestras tentativas de reconstruirla a partir de los esquemas conceptuales —potencialmente plurales— en cada ocasión disponibles en el interior de un determinado contexto cultural”.⁷

Verdaderas no son, entonces, las proposiciones que reflejan correctamente la realidad, como afirma el empirismo, que en última instancia postula la existencia de una realidad que es independiente del sujeto que la conoce. Verdaderas pueden llamarse las proposiciones que son coherentes en el interior de nuestros esquemas conceptuales, y según los criterios de nuestras teorías acerca de la realidad. Una realidad que epistémicamente —pero también ontológicamente, en opinión del constructivismo más radical, que no comparte el realismo “metafísico”— depende de los sujetos que la conocen, o sea que la construyen.

En el marco jurídico reencontramos ambas posturas, la empirista y la constructivista, en sus respectivas versiones descriptivas —que responden a la pregunta “¿Cómo se conoce?”— y normativas o metodológicas —que responden a la pregunta “¿Cómo se debe conocer, cuáles son los procedimientos correctos o adecuados para conocer?”—, aun si la constructivista es quizás todavía poco difundida, sobre todo entre los operadores prácticos del derecho.

⁷ Villa, V., “Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di *inclusive positivism*”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 255-88, en la p. 277. Cfr. también Villa, V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999.

Cabe sin embargo advertir que la postura constructivista tiene unos argumentos a su favor. La gran mayoría de los juristas sigue siendo convencida que la epistemología depende, en última instancia, de la ontología: es decir, adhiere a una metafísica realista. Pero se va difundiendo la idea según la cual no disponemos de un acceso directo e inmediato a la realidad, ni siquiera a los “hechos brutos”. Por tanto, si no queremos convertirnos en empiristas totalmente ingenuos, debemos admitir que la correspondencia o no de nuestras proposiciones con la realidad depende también de la previa configuración del objeto de investigación. Así se llega a pensar que en alguna medida la ontología depende de la epistemología, no en el sentido —típico del constructivismo más radical— que toda realidad es *subject-dependent*, sino en el sentido que nuestros *criterios* de verdad —no nuestro *concepto* de verdad— son necesariamente coherentistas. Las proposiciones son verdaderas en la medida en que corresponden a una “realidad” previamente configurada, es decir, al fin y al cabo, si corresponden a —o sea son coherentes con— otras proposiciones previamente aceptadas, que generalmente pertenecen a conjuntos de proposiciones que llamamos teorías. Esta posición epistemológica sigue siendo en el fondo empirista —o al menos realista metafísica—, pero tiene en cuenta debidamente la enseñanza de Quine.⁸

En el ámbito jurídico, entonces, una epistemología adecuada, además de ser deudora de los fines de la investigación y de su consecuente nivel de abstracción, depende en primer lugar de qué es el derecho, de su naturaleza, de su estatus ontológico. Pero lo que el derecho es depende a su vez, en alguna medida, de cómo configuramos el derecho, es decir, de qué concepto de derecho manejamos. Y sobre este punto quiero detenerme ahora.

3. EL OBJETO “DERECHO”

La pregunta “¿Qué es el derecho?”, en el interior de un enfoque analítico, puede interpretarse de dos maneras distintas: como

⁸ Quine, W. V. O., “Two Dogmas of Empiricism” (1951), en *From A Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*, 2ª ed. rev., Nueva York-Hagerstown-San Francisco-Londres, Harper & Row, 1961, pp. 20-46.

una pregunta ontológica sobre la naturaleza del derecho, o bien, como una pregunta lingüística sobre qué significa la palabra “derecho”. Las dos preguntas son bien diferentes, ya que se refieren a objetos potencialmente diferentes. La segunda es claramente metalingüística, mientras que la primera versa sobre un objeto del cual se está justamente buscando la naturaleza, que bien podría no ser solo lingüística.

Mientras que las actividades que hay que desarrollar para contestar a la segunda pregunta consisten principalmente en recoger usos lingüísticos, las actividades que se deben llevar a cabo para contestar a la primera pregunta pueden ser de muchos tipos distintos, nunca reducibles a la mera recolección de usos lingüísticos. Las dos preguntas, aún si claramente pueden tener muchas relaciones entre sí, son conceptualmente diferentes, versan sobre objetos *prima facie* diferentes y deben por tanto ser tratadas en modo distinto para evitar confusiones.

La filosofía analítica del derecho ha ido progresivamente desplazando su interés desde la segunda hacia la primera cuestión, también porque la pregunta acerca de los significados de la palabra “derecho” ha sido contestada amplia y profundamente por varios teóricos del derecho en la segunda mitad del siglo xx, que han contribuido a elaborar una respuesta estándar a aquella cuestión.⁹

A la pregunta ontológica, en cambio, no hubo y no hay todavía una respuesta estándar. La pregunta ha sido interpretada de las maneras más variadas: como pedido de definición de un concepto o bien de identificación de un fenómeno; y en ese último caso como pedido de descripción de un dato preexistente o de construcción teórica del objeto de investigación. Y así sucesivamente.

En el interior del enfoque analítico en teoría del derecho, la respuesta solía consistir en la tesis según la cual el derecho es un fenómeno eminentemente lingüístico. Se puede por ejemplo afir-

⁹ Cfr. entre otros: Williams, G., “The Controversy Concerning the Word ‘Law’ (1945)”, en Laslett, P. (ed.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1956; Tarello, G., *Progetto per la voce “Diritto” di una enciclopedia*, en “Politica del diritto”, II, 6, pp. 741- 47; Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a ed., Astrea, Buenos Aires, 1988.

mar¹⁰ que el derecho —positivo— es un subconjunto de discursos que se inserta en el conjunto más general de los discursos en el marco jurídico, que podemos llamar el “lenguaje jurídico”. Este último incluye al menos cuatro tipos de discursos:

1. discursos *del* derecho, o sea, el conjunto constituido por los documentos normativos autoritativos (Constitución, leyes, decretos, reglamentos, etc.);
2. discursos *acerca* del derecho, o sea, el conjunto de discursos que versan descriptiva o valorativamente, sobre los discursos del y con el derecho;
3. discursos *con* el derecho, o sea, el conjunto de los discursos que se configuran como juicios jurídicos o razonamientos jurídicos, es decir, discursos que toman, proponen o justifican decisiones jurídicas;
4. discursos *para* el derecho, o sea, el conjunto de discursos preliminares respecto de los demás, que enfrentan problemas lógicos, metodológicos y epistemológicos en el análisis de los discursos jurídicos.¹¹

El derecho —positivo— en nuestras organizaciones jurídicas, no podría entonces identificarse únicamente con los discursos del derecho, sino más bien como la conjunción de todos los discursos del derecho y de algunos discursos con el derecho, sin olvidar las interacciones y los nexos genéticos que unen el derecho positivo a los demás discursos con el derecho y a los discursos acerca del derecho y para el derecho.

Hoy en día, sin embargo, las respuestas más difundidas y relevantes a la pregunta acerca de la configuración del derecho no apuntan más a subrayar exclusivamente los componentes lingüísticos del fenómeno jurídico. A pesar de ser muy variadas, creo que todas pueden ser agrupadas en dos grandes clases —o en una combinación entre las dos—: la que afirma que el derecho es un

¹⁰ Cfr. Comanducci, P., *Diritto positivo: due esercizi di dissezione*, en Zaccaria, G. (ed.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Turín, Giappichelli, 1991, pp. 113-24.

¹¹ Hoy sin embargo, prefiero a esa tipología otra, un poco más sencilla, que distingue entre discursos en el derecho (que agrupan los discursos del y con el derecho) y discursos acerca del derecho.

conjunto de hechos y la que afirma que el derecho es un conjunto de normas. La combinación está constituida por la afirmación que el derecho es un conjunto de razones para la acción, que son hechos que tienen una especial vinculación con las normas jurídicas.¹² Pero no me detendré aquí sobre esa última respuesta.¹³

Según la manera en que se configure el derecho —como conjunto de hechos o en cambio como conjunto de normas— varía la epistemología apropiada para conocerlo. La tesis me parece trivial, pero no siempre se saca de ella una de sus consecuencias necesarias: es decir, que no puede haber un único enfoque epistemológico para acercarse al fenómeno jurídico. Hay varios enfoques, todos en algún sentido adecuados.

El derecho como conjunto de hechos —de hechos “institucionales” según la terminología de Searle—¹⁴ suele ser definido hoy en día como una práctica social que está constituida por una multitud de comportamientos, lingüísticos y no, de individuos, grupos e instituciones, por sus relaciones recíprocas, por un sistema de distribución de bienes y valores sociales, por un aparato coactivo, etc. La epistemología adecuada para conocer —describir, explicar, entender— estos fenómenos debería ser brindada por las ciencias y la filosofía sociales —sociología, psicología, análisis económico, teoría jurídica de corte realista, etc.—. Estos enfoques epistemológicos se desarrollan en diferentes niveles de generalidad y de abstracción: van desde investigaciones sobre los mecanismos sociales comunes en cada derecho moderno hasta investigaciones de alcance muy restringido y de baja abstracción, como las que versan, por ejemplo, sobre la práctica de las entrevistas del presidente de la República italiana al momento de la formación de un nuevo gobierno, en los últimos diez años.

Problemas epistemológicos muy interesantes y discutidos hoy en día en la literatura pertinente, surgen en relación a las

¹² Cfr. Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975.

¹³ Sobre la cual véase al menos: Bayón, J. C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991; Redondo, M. C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, CEC, Madrid, 1996.

¹⁴ Cfr. Searle, J. R., *The Construction of Social Reality* (1995), Penguin Books, Londres, 1996.

condiciones de verdad de las proposiciones que dan cuenta del derecho como práctica social, ya que los hechos institucionales que en buena medida constituyen esta práctica, son —siguiendo a Searle— ontológicamente subjetivos y su existencia depende de creencias compartidas además de reglas constitutivas. Por tanto, los procedimientos de verificación de la correspondencia entre las proposiciones de las ciencias sociales y los hechos institucionales tienen que ser distintos de los procedimientos de verificación en las ciencias naturales, que se ocupan en general de fenómenos ontológicamente objetivos. En mi opinión, esto sigue afectando el grado de objetividad epistemológica de las proposiciones acerca del derecho como práctica social, que me parece muchas veces inferior al grado alcanzado por las proposiciones de las ciencias naturales. Dicho de otra forma, es mucho más difícil en las ciencias sociales que se formen paradigmas, como suele pasar en las ciencias naturales y en las formales.

El derecho, concebido y configurado como conjunto de normas, es el que se enseña y se estudia tradicionalmente desde la Edad Media en las facultades de Derecho, que se produce por ejemplo en los parlamentos, se aplica en los tribunales, se cumple o no por parte de los individuos, etcétera.

Conocer el derecho así configurado, tiene gran relevancia social, ya que todos, aun si a veces por distintas razones estamos interesados en enterarnos de qué acciones han sido prohibidas, obligatorias o permitidas por las autoridades: “¿Qué se debe o no se debe hacer —según un derecho, por ejemplo según el derecho italiano vigente—?”, esta es la pregunta fundamental a la que quieren contestar los enfoques epistemológicos de quienes configuran el derecho como un conjunto de normas. Los documentos producidos por las autoridades y sus actuaciones institucionales, desde este punto de vista, solo son los medios a través de los cuales se puede conocer un derecho que no se identifica con aquellos hechos, sino que es en cambio el contenido de significado de aquellos. Conocer un derecho es principalmente interpretar actos y documentos autoritativos, usando técnicas semánticas generales —propias de una lengua natural— y específicamente jurídicas, y después sistematizar de varias formas los contenidos normativos individualizados.

Es la dogmática jurídica¹⁵ o quizás más en general, la cultura jurídica interna —o sea el conjunto de los operadores jurídicos—, la que cumple principalmente el papel social de conocer y hacer conocer un derecho, es decir sus normas, o lo que es lo mismo, qué se debe o no se debe hacer según cuanto él dispone.

Hay por supuesto miles de problemas epistemológicos conectados con la metodología de la dogmática jurídica, relativos a las condiciones de verdad, o como hoy se prefiere decir, de corrección de sus proposiciones, y a la objetividad contextual o no, débil o fuerte, de los conocimientos adquiridos por ella.¹⁶

En el presente trabajo por razones de brevedad, no puedo detenerme en un análisis pormenorizado de la naturaleza de las variadas actividades llevadas a cabo por la dogmática, que no son claramente todas de tipo cognoscitivo. Solo me parece oportuno destacar la ambigüedad con la que a veces se plantea la relación entre un derecho y la dogmática jurídica que le corresponde, preguntándose si este derecho constituye o no un “dato” para la dogmática.¹⁷

La ambigüedad del planteamiento depende de la sutil ambigüedad de la palabra “dato”. En una primera acepción, por “dato” se entiende cualquier objeto de conocimiento que “se da”, es decir que existe independientemente del sujeto que intenta conocerlo. En una segunda acepción, por “dato” se entiende cualquier objeto que “viene dado por”, es decir que proviene de un sujeto diferente del sujeto cuyo punto de vista ha sido tomado en consideración, en nuestro caso: la dogmática jurídica. Podríamos quizás afirmar que en la primera acepción, “dato” designa algo preconstituido con respecto al conocimiento, en la segunda algo preconstituido con respecto a la decisión.

Por tanto cabe reformular la cuestión, dividiéndola en dos preguntas para evitar la ambigüedad:

¹⁵ La dogmática es a veces llamada *scientia iuris* a veces *iuris-prudentia*, según se quiera subrayar uno que otro aspecto de su metodología.

¹⁶ Cf., entre otros, Nino, C. S., *op. cit.*; R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), CEC, Madrid, 1989.

¹⁷ Cf. Comanducci, P., *op. cit.*

- a) “¿Un derecho —positivo— es o no un objeto preconstituido con respecto a la actividad cognoscitiva de la dogmática?”
- b) “¿Un derecho —positivo— es o no un objeto preconstituido con respecto a la actividad decisional de la dogmática?”

Creo que hoy en día nadie contestaría con un sí o con un no rotundos a estas preguntas. Lo que son realmente interesantes —desde un punto de vista epistemológico— son los matices con que se pueden responder las dos preguntas, dando cuenta también y sobre todo, del rol de la dogmática como fuente intersticial del derecho y como productora y reproductora de influentes ideologías en el marco de la cultura jurídica interna y externa.

4. LA TEORÍA DEL DERECHO

Hasta ahora he presentado sumaria pero explícitamente, dos grandes familias de enfoques epistemológicos referidos respectivamente al derecho como conjunto de hechos —los de las ciencias sociales— y al derecho como conjunto de normas —los de la dogmática—. Pero más bien implícitamente, he presentado, *usándola*, una tercera familia de enfoques epistemológicos: los de la teoría o filosofía del derecho, que apuntan a conocer, como se usa decir, *el* derecho y no *un* derecho —o algunos derechos—, al que apuntan en cambio las ciencias sociales y la dogmática.

Al menos en la tradición metodológica de tipo analítico, la teoría del derecho se ocupa exactamente de los mismos objetos de las ciencias sociales y de la dogmática. La gran diferencia del enfoque iusfilosófico depende esencialmente del mayor nivel de abstracción en el que se colocan sus discursos, que lleva a los filósofos del derecho a elaborar modelos reconstructivos y explicativos de la realidad, más que a describirla directamente. Esto aclara, por ejemplo, por qué la filosofía del derecho se ha ocupado preferentemente de la estructura y de las funciones de los diferentes sistemas jurídicos y no de sus contenidos normativos específicos.

Sobre el estatuto epistemológico de la teoría del derecho los mismos teóricos discrepan fuertemente entre sí.¹⁸ Sin embargo, hay un acuerdo bastante amplio sobre cuáles deberían ser los objetos privilegiados de la teoría del derecho. Es decir, los mismos que admirablemente individualizó Herbert Hart hace unas décadas:¹⁹ los conceptos jurídicos fundamentales —empezando pero no terminando con el concepto de derecho—, los razonamientos jurídicos, las relaciones entre derecho y moral. Se trata también de tres áreas centrales de las prácticas sociales llamadas “derecho” —es decir, del derecho así como es configurado por las ciencias sociales— y de tres problemas centrales de aquellos conjuntos de normas que la dogmática configura como derecho.

Estoy personalmente convencido de que la teoría del derecho debería seguir investigando estos objetos, seguir asumiendo actitudes analíticas —por ejemplo cumplir con el imperativo de Norberto Bobbio: *¡Distingue frequenter!*—, y seguir utilizando instrumentos de análisis lingüístico, al lado del uso creciente de investigaciones ontológicas.

Si se dan estas condiciones, si la filosofía del derecho logra cumplir con estas pautas, creo que seguirá teniendo un lugar importante, me atrevería a decir necesario, en la formación de los juristas como lo ha tenido en el último siglo de este y del otro lado del Atlántico.

¹⁸ Un ejemplo entre muchos está constituido por la reciente discusión entre Ferrajoli, Jori, Guastini y yo sobre la cuestión de si la teoría del derecho pueda o no, deba o no ser normativa, o si en cambio deba y pueda ser no-valorativa. Discusión en la que, creo, ninguno de los cuatro ha logrado convencer a los demás. Cfr. P. Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, L. Ferrajoli, *La pragmatica della teoria del diritto*, M. Jori, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, R. Guastini, *Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica*, todos en Comanducci, P. y Guastini R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2004.

¹⁹ Cfr. Hart, H. L. A., “Philosophy of Law, Problems of”, en Edwards P. (ed. en jefe), *The Encyclopedia of Philosophy*, Nueva York-Londres, The MacMillan & The Free Press/Collier-MacMillan Limited, 1967, vol. VI, pp. 264-276.

II. El objeto “Constitución” y su interpretación

¿Qué es la “interpretación constitucional”?, es decir, ¿qué designa esta expresión? La respuesta estándar a la pregunta es una definición por género y diferencia, siendo el género la interpretación —o bien la interpretación jurídica— y siendo la especie constituida por el objeto que se interpreta, es decir la Constitución, que presentaría peculiaridades frente a otros textos susceptibles de interpretación como la ley, la sentencia, el contrato, el acto administrativo, el testamento, el tratado, etcétera.

Por consiguiente, las discusiones contemporáneas que versan sobre la “naturaleza” de la interpretación constitucional¹ dependerían de la configuración del género, de la configuración del objeto “Constitución” o de ambos. Por decirlo rápidamente, y adelantando algunos conceptos que se aclararán más adelante, el esquema explicativo de las diferentes posturas sobre la “naturaleza” de la interpretación constitucional sería el esquema 1:

Sobre esta base se plantea generalmente el problema de la especificidad de la interpretación constitucional, que dependería por tanto, de las diferencias que se dan entre la Constitución y los otros objetos de interpretación.

No quiero contestar la eficacia de esta manera de plantear el problema de la interpretación constitucional. En mi opinión, sin embargo, resulta quizás más útil para entender las discusiones

¹ Por un amplio panorama al respecto véase Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, 2 vols.

Esquema 1

<i>“Naturaleza” de la interpretación</i>	<i>Objeto de interpretación</i>	<i>“Naturaleza” del objeto de la interpretación</i>
actividad cognitiva (p. ej.: formalismo, Dworkin)	Constitución	modelo descriptivo de Constitución como norma
		modelo axiológico de Constitución como norma
actividad decisio- nal (p. ej.: realismo, Hart)	Constitución	modelo descriptivo de Constitución como norma
		modelo axiológico de Constitución como norma

contemporáneas sobre el tema, invertir el orden de los factores. Me parece en efecto, que en el plano teórico —es decir de la teoría del derecho constitucional— primero se plantea el problema de qué es el objeto “Constitución” y después sobre la base de la respuesta a la primera cuestión, se plantea el problema de la interpretación de aquel objeto previamente configurado. En el esquema 2 se muestra cómo resultaría entonces:

Esquema 2

<i>Objeto de interpretación</i>	<i>“Naturaleza” del objeto de la interpretación</i>	<i>“Naturaleza” de la interpretación</i>
Constitución	modelo descriptivo de Constitución como norma	actividad cognitiva (p. ej.: formalismo)
		actividad decisio- nal (p. ej.: realismo, Hart)
Constitución	modelo axiológico de Constitución como norma	actividad cognitiva (p. ej.: Dworkin)
		actividad decisio- nal (p. ej.: Marmor)

Antes de profundizar el tema en el plano teórico y conceptual, cabe subrayar que en el plano práctico —el de los operadores del derecho— a menudo se escoge uno u otro modelo de

Constitución —previamente elaborado por la teoría constitucional y/o por los tribunales constitucionales— en función del tipo de interpretación constitucional que se quiere llevar a cabo. Por ejemplo, si se quiere afirmar que una ley es inconstitucional, hace falta configurar la Constitución como un conjunto de normas y en particular de principios, que por su “naturaleza” deben ser interpretados extensivamente y así se podría lograr mostrar en su caso, que la ley es contraria a un principio constitucional. Es decir, si se quiere interpretar extensivamente se configura el objeto “Constitución” de forma que “imponga” una interpretación extensiva de un determinado tipo. Y al revés, si no se quiere interpretar extensivamente, se configura la Constitución de modo diferente, por ejemplo como un programa político o bien como si fuera un documento normativo común y corriente, etcétera.

Volvamos al plano teórico y presentemos las concepciones de la Constitución que más circulan en la cultura jurídica de los países contemporáneos, al menos de aquellos que se encuentran en alguna etapa del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Estas concepciones son muchas y divergentes. En algunos trabajos anteriores he intentado clasificarlas insertándolas en el interior de cuatro modelos, contruidos usando dos parejas conceptuales: modelo descriptivo/modelo axiológico; Constitución como orden/Constitución como norma.²

El primer modelo puede ser calificado como modelo *descriptivo* de la Constitución concebida como *norma*. De modo más preciso, “Constitución” designa en esta acepción, un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales —es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas—.

El segundo modelo puede ser calificado como modelo *axiológico* de la Constitución concebida como *norma*. De modo más preciso, “Constitución” designa en esta acepción, un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento, que respecto a las otras reglas jurídicas son funda-

² Cfr. Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, ed. por R. Escudero Alday, Madrid, CEPC, 2010, cap. 8.

mentales, es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas —hasta aquí se repite la definición precedente—, “con la condición de que posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico”.³ En este modelo, como sostiene Dogliani, la Constitución aparece “cargada de un valor intrínseco: la Constitución es un valor por sí misma”.⁴

Tanto en el primero como en el segundo modelo, la Constitución no es un conjunto de fenómenos sociales, sino una norma: eso permite distinguir con claridad esos modelos de otros y otorgarles la idéntica denominación de modelos de la Constitución entendida como norma, y no como conjunto de programas políticos o formulaciones ideológicas. Pero el primero es un modelo descriptivo y el segundo un modelo axiológico: en el primero, Constitución es una norma entre las otras normas, es un texto que muchas veces puede presentar peculiaridades respecto a los otros textos normativos, pero no difiere de ellos cualitativamente; en el segundo, Constitución es norma dotada de valor específico, es por sí misma productora de otras normas y es cualitativamente diferente de las demás normas del sistema.

El primer modelo es el menos necesitado de ejemplos, pues en él se inscriben las concepciones de Constitución que se elaboraron a partir de las revoluciones estadounidense y francesa y que se difundieron después entre los liberales y demócratas de los siglos XIX y XX, y todavía conservan su hegemonía en la dogmática jurídica de la Europa continental. Se trata de aquellas concepciones que de modo general identifican a la Constitución con un texto normativo específico, de tal modo que se habla de concepto documental de Constitución, o de Constitución formal, o incluso de Constitución en sentido formal.

Sin embargo, este modelo comprende conceptos de Constitución que se diversifican desde varios aspectos. Dentro de un amplio espectro esos conceptos pueden situarse entre dos polos.

³ Dogliani, M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 14.

⁴ *Ibidem*, p. 15.

El primero de esos polos está representado por un concepto de Constitución —como norma— simplemente documental: “Constitución” designa a cualquier documento normativo que se llame “Constitución” —o “ley fundamental”—. Cerca de este polo se sitúan todas aquellas concepciones que distinguen a la Constitución de las otras leyes por alguna característica formal —p. ej., los procedimientos más complicados de producción, revisión y abrogación—.

El segundo polo está representado por un concepto de Constitución —como norma— fundado en el contenido: “Constitución” designa solo aquel documento normativo, o aquella parte que contenga un específico contenido normativo. En las cercanías de este polo se sitúan todas las concepciones que identifican la Constitución, por ejemplo, con las metanormas sobre la producción del derecho o con las normas que instituyen y organizan los máximos poderes del Estado; o con las normas que identifican los fines globales del régimen, etc. Como puede verse, en la óptica adoptada aquí solo hay una diferencia de grado entre el concepto de Constitución —autodenominado “puro”— propuesto por Hans Kelsen —por el cual la Constitución determina quién produce y cómo se produce y se aplica el derecho— y conceptos declaradamente políticos, según los cuales la única “verdadera” Constitución es la que tutele determinados derechos y libertades individuales. Sin embargo, las concepciones de la Constitución que he llamado “políticas” se clasifican preferentemente dentro del segundo modelo. En toda clasificación hay por fuerza un elemento de valoración, una opción metodológica. Por eso, las concepciones “de contenido” de la Constitución presuponen una valoración que considera determinados elementos relevantes para definir la “Constitución” como un documento normativo. Si la valoración se detiene aquí, nos mantenemos dentro del modelo ya descrito de la Constitución como norma. En cambio, se pasa a un modelo axiológico cuando se considera al objeto Constitución en sí mismo como dotado de valor positivo y como generador de normas. Con frecuencia se trata de matices, pero me parece que es posible distinguir entre quién destaca que un determinado documento tiene como fin tutelar las libertades fundamentales —y se sitúa de esa manera dentro del modelo descriptivo— y quién, además, valora positivamente ese fin —y se emplaza así en el modelo axiológico—.

El segundo modelo es seguramente el más reciente. El primer modelo adquirió plena autonomía cuando se asentó el positivismo jurídico en el siglo XIX, mientras que el segundo modelo aparece vinculado genéticamente con la ideología constitucionalista o mejor dicho con una variante suya que podemos llamar, parafraseando a Bernard Manin,⁵ el constitucionalismo de las reglas. En mi opinión, este segundo modelo adquiere interés como objeto de estudio solo después de la promulgación de las constituciones europeas de la posguerra, y sobre todo en los últimos cuarenta años. Así lo explicitan en el ámbito teórico algunos filósofos del derecho⁶ y algunos constitucionalistas que sintonizan con la actuación de varias cortes constitucionales —pienso, por supuesto, en la italiana; pero también en el Tribunal Constitucional español, la Corte Constitucional alemana, el Consejo Constitucional francés, la Corte Suprema de Estados Unidos y la Corte Constitucional de Colombia—.

En el segundo modelo se concibe la Constitución como un documento normativo que presenta características específicas que lo distinguen de los otros documentos normativos, y particularmente de la ley. Así:

- a) La Constitución se sitúa en el vértice de la jerarquía de las fuentes y además, modifica cualitativamente esa jerarquía. El “legicentrismo” del modelo estatal decimonónico es sustituido por la omnipresencia de la Constitución, que informa por sí misma a todo el sistema: por ejemplo, toda la legislación es entendida como actuación de la Constitución y se interpreta a la luz de la Constitución. Ya no resulta posible concebir los sistemas jurídicos como sistemas exclusivamente dinámicos: se entienden también como sistemas estáticos.
- b) La Constitución es un conjunto de normas —como en el primer modelo—. Sin embargo, no solo contiene reglas,

⁵ Cfr. Manin, B., “Les deux libéralismes: marché ou contre-pouvoirs”, en *Interventions*, núm. 9, 1984, pp. 10-24.

⁶ Cfr. p. ej. Gianformaggio, L., *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi* (1985), en *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, ed. por E. Diciotti y V. Velluzzi, Turín, Giappichelli, 2008, pp. 173-204.

sino también principios, que son los que la caracterizan. Esos principios no son formulados necesariamente de modo expreso y pueden ser reconstruidos tanto a partir del texto como prescindiendo de él.

- c) La Constitución tiene una relación especial con la democracia en un doble sentido: *c1*) hay una conexión necesaria entre —una concepción de la— democracia —la democracia como isonomía— y —el segundo modelo de— Constitución —no puede haber constitución sin democracia ni democracia sin Constitución—, y *c2*) la Constitución funciona necesariamente como límite de la democracia entendida como regla de mayoría.⁷
- d) La Constitución funciona como puente entre el derecho y la moral —o la política—, ya que abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral en un doble sentido: *d1*) los principios constitucionales son principios morales positivizados, y *d2*) la justificación en el ámbito jurídico —sobre todo la justificación de la interpretación— no puede dejar de recurrir a principios morales.
- e) La aplicación de la Constitución, a diferencia de la ley, no puede hacerse por el método de la subsunción, sino que precisamente por la presencia de los principios, debe realizarse generalmente por medio del método de la ponderación.

Como ejemplos del segundo modelo podemos tomar las elaboraciones de autores como Dworkin, Zagrebelsky, Nino, Alexy, Habermas, Marmor, que defienden todas o solo algunas de las cinco tesis que acabo de exponer.

Ahora bien, dependiendo de que un teórico adopte el primero o el segundo modelo de Constitución, diferente será la manera en que concebirá la interpretación de la Constitución. Hay además diferencias —en la mayoría de los casos solo de grado— en la configuración de la interpretación constitucional en función de la concepción de la interpretación que se adopte.

⁷ Sobre estos temas véanse: en este mismo libro el cap. 4; Salazar Ugarte, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, IJ-UNAM-FCE, 2006.

Por razones de simplicidad, reducimos a dos las concepciones de la interpretación, tomando en cuenta solo dos casos paradigmáticos, pero sin olvidar que hay varias concepciones intermedias y muchos matices que realizar.⁸

- a) Interpretación cognitiva: *i.e.*, interpretación como actividad de comprensión del significado, o bien como actividad de descubrimiento del significado “correcto” de los documentos normativos.
- b) Interpretación decisional: *i.e.*, interpretación como actividad de decisión del significado —es la postura del escepticismo radical—, o bien de elección de uno de los significados posibles —es, entre otros, la postura de Kelsen—, o bien de elección discrecional del significado en caso de dudas o de discusión, cuando hace falta argumentar a favor de la elección que se realice —es la postura de Hart—.

Tenemos así al menos cuatro respuestas diferentes a la pregunta sobre la naturaleza de la interpretación constitucional, como se había adelantado *supra* en el esquema 2:

1. interpretación cognitiva del modelo descriptivo de Constitución;
2. interpretación decisional del modelo descriptivo de Constitución;
3. interpretación cognitiva del modelo axiológico de Constitución;
4. interpretación decisional del modelo axiológico de Constitución.

Ellas responden, por consecuencia, de manera distinta a la pregunta sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución frente a la interpretación de la ley.

Cabe asimismo subrayar que las varias teorías de la interpretación constitucional —a veces sin distinguir claramente lo que están haciendo— adoptan enfoques empíricos o bien normativos. En el primer caso describen cómo se realiza, en general o en un

⁸ Cfr. en “Ragion pratica”, núm. 34, 2010, la parte monográfica sobre “Interpretazione e diritto”, a cargo de P. Denaro e I. Trujillo, con contribuciones de V. Villa, M. Atienza, I. Trujillo, Z. Bankowski y M. Troper.

contexto determinado, la interpretación constitucional. En el segundo, prescriben cómo debe realizarse la interpretación constitucional para que sea una *buena* interpretación. Parece más frecuente que los enfoques empíricos sean adoptados por las teorías que usan el modelo descriptivo de Constitución, mientras que los enfoques normativos sean adoptados por las teorías que usan el modelo axiológico de Constitución. Hay sin embargo excepciones, ya que a veces también las teorías que usan el modelo descriptivo de Constitución adoptan enfoques normativos.

Empecemos con caracterizar brevemente la interpretación constitucional en la manera en que la entienden los que usan el modelo descriptivo.⁹ Siendo la Constitución un conjunto de normas como la ley, la especificidad de la interpretación constitucional es cuestión de grado y no categórica. Las diferencias dependen de:

- a) Los intérpretes típicos o privilegiados de la Constitución, si es que los hay. En realidad esta diferencia no me parece muy importante: así como sucede con la ley, todos en principio pueden interpretar la Constitución y muchos órganos pueden hacerlo con efectos jurídicamente relevantes.
- b) Los problemas típicamente constitucionales, que a su vez dependen de la formulación, del contenido y de las consecuencias de la Constitución. En efecto: la formulación constitucional a menudo presenta un alto grado de generalidad; el contenido incorpora principios fundamentales; las consecuencias jurídicas, políticas e institucionales de algunas interpretaciones de la Constitución —en particular las de los jueces constitucionales— tienen una trascendencia mayor que la de muchas interpretaciones de la ley.
- c) Las técnicas interpretativas empleadas, que a menudo son de tipo extensivo, sistemático y teleológico, y las correspondientes técnicas argumentativas.

Los que usan el modelo descriptivo de Constitución por supuesto analizan también las interpretaciones que de la Consti-

⁹ Cfr. Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho*, cit., cap. 8.2.3.

tución ofrecen los tribunales constitucionales. Y aquí reside en mi opinión la diferencia más relevante entre los que comparten una concepción cognitiva de la interpretación y los que en cambio comparten una concepción decisional. Según los primeros, la Constitución es —o sea, el significado del documento constitucional es— conceptualmente independiente de la interpretación de los tribunales constitucionales. La ciencia del derecho constitucional —de corte normativista— tiene que describir el significado del documento constitucional, que se puede conocer con independencia de la actuación de las cortes, que pueden equivocarse como cualquiera, en su interpretación.¹⁰ En cambio, según los que tienen una concepción decisional de la interpretación, la Constitución es lo que los tribunales constitucionales —y otros órganos relevantes— dicen que es a través de sus interpretaciones.

Los que usan el modelo axiológico de Constitución, detectan una radical especificidad de la interpretación constitucional frente a la interpretación de la ley¹¹ en dependencia de la especificidad de la Constitución frente a la ley. Por ejemplo, Andrei Marmor¹² enumera cinco rasgos específicos de la Constitución frente a la ley: supremacía jerárquica, longevidad, rigidez, contenido moral, generalidad y abstracción. Estos rasgos —y sobre todo el del contenido moral— determinan la especificidad de la interpretación constitucional que con frecuencia debe ser llevada a cabo a través de la ponderación entre principios, valores y derechos fundamentales.¹³

¹⁰ Cfr. el ponderoso volumen de Vignudelli, A., *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Turín, Giappichelli, 2011.

¹¹ Cfr. Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho*, cit., cap. 8.2.4, que versa en particular sobre la “lectura moral” de la Constitución propuesta por Ronald Dworkin.

¹² Cfr. Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, 2a ed., Oxford, Hart Publishing, 2005, cap. VI (“Constitutional Interpretation”).

¹³ La ponderación puede ser categórica o *ad hoc*: la primera se realiza, por ejemplo, en las decisiones abstractas de las cortes sobre la constitucionalidad de una ley; la segunda se realiza cuando las cortes deciden un caso específico. Cfr. Pino, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 2010, pp. 187-90. Véase también Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ma-

También en este caso, los que usan el modelo axiológico de Constitución analizan las interpretaciones que de la Constitución ofrecen los tribunales constitucionales. Y aquí de nuevo reside la diferencia más destacada entre los que comparten una concepción cognitiva de la interpretación y los que comparten una concepción decisional. En opinión de los primeros, el significado del documento constitucional es conceptualmente independiente de la actuación de los tribunales constitucionales, que solo pueden llevar a la luz el significado que la Constitución tiene y que no depende de las opiniones políticas o morales de las cortes. Es esta la postura de Ronald Dworkin,¹⁴ que sin embargo subraya la labor de la Corte Suprema de Estados Unidos como parte relevante de la tarea colectiva de identificar el significado “correcto” de la Constitución. Hay otros, como por ejemplo José Juan Moreso,¹⁵ que más claramente afirman que los tribunales constitucionales pueden equivocarse a la hora de interpretar la Constitución, o en general, el derecho. Los que en cambio comparten una concepción decisional afirman —como Marmor— que la Constitución es lo que los tribunales constitucionales dicen que es, aun si agregan que a veces los tribunales pueden equivocarse al respecto.

Quiero terminar mi exposición, que hasta aquí ha sido solo una modesta tentativa de poner un poco de orden en las discusiones contemporáneas sobre interpretación constitucional, con unas breves consideraciones críticas en el plano teórico y del análisis conceptual, respecto a las cuatro nociones de interpretación constitucional que he esquemáticamente presentado. Mejor dicho: respecto a tres de ellas, ya que mis preferencias van hacia la interpretación decisional del modelo descriptivo de Constitución como norma. Voy a ser tajante en mi presentación, por razones de brevedad.

Respecto a la interpretación cognitiva del modelo axiológico —Dworkin—, puedo decir que la encuentro una postura coheren-

drid, Trotta, 2003, pp. 175 y ss.

¹⁴ Cfr. p. ej. Dworkin, R., *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

¹⁵ Cfr. Moreso, J. J., *La Constitución: modelo para armar*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 1997, especialmente pp. 175-81.

te, que adopta un enfoque específicamente normativo y no empírico, *i.e.*, que nos dice principalmente cómo se debe interpretar la Constitución. Pienso, sin embargo, que se trata de una postura inaceptable en sus presupuestos ontológicos y sobre todo epistemológicos, además de ser peligrosa por algunas de sus consecuencias. Los presupuestos ontológicos se refieren a la existencia de una moral crítica, objetiva, racional o verdadera, que nos sirva como criterio para interpretar correctamente la Constitución. El presupuesto epistemológico se refiere obviamente a la posibilidad de conocer objetivamente dicha moral. Esta postura puede además ser peligrosa por la siguiente razón: la conexión justificativa necesaria entre derecho y moral,¹⁶ el así llamado “imperialismo de la moral” que deriva de la lectura moral de la Constitución, me parece una manera de socavar una de las funciones esenciales del derecho: constituir una guía de las conductas, dotada de alguna previsibilidad y capaz de ser un “mínimo común normativo” frente al histórico fracaso de las morales positivas o de las que se autoproclaman verdaderas en solucionar los conflictos y dirigir los comportamientos en la sociedad.

Respecto a la interpretación decisional del modelo axiológico —Marmor—, mi impresión es que se trata de una postura contradictoria. Si la Constitución es lo que dice el Tribunal Constitucional, este último —desde un punto de vista epistemológico— no se puede equivocar: la interpretación del tribunal es performativa, ya que diciendo *hace* la Constitución. Pero si se adopta el modelo axiológico según el cual la Constitución incorpora principios y valores morales, las decisiones del Tribunal Constitucional que van en contra de estos principios y valores se equivocan, siempre desde un punto de vista epistemológico. El Tribunal en estas ocasiones no se equivocaría —ya que dice lo que es la Constitución— y simultáneamente se equivocaría —ya que no determina correctamente el significado moral de la Constitución—.

Respecto a la interpretación cognitiva del modelo descriptivo —formalismo—, se trata de una postura que —como está ampliamente criticada y rechazada en relación a la interpretación de la ley— *a fortiori* no parece aceptable cuando tiene como objeto la Constitución.

¹⁶ Cfr. P. Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho*, *cit.*, cap. 5.2.

Queda, por tanto, la alternativa constituida por la interpretación decisional del modelo descriptivo en sus dos versiones: débil, la de Hart, y fuerte, la del realismo jurídico. La interpretación constitucional desde el punto de vista teórico, es una tarea llevada a cabo discrecionalmente por múltiples sujetos en cooperación pero a menudo en competencia entre sí. Discrecionalmente, ya que no hay metacriterios compartidos para elegir los criterios interpretativos que usar para atribuir sentido a la Constitución. Por múltiples sujetos, ya que al lado del Tribunal Constitucional actúan varias instituciones, desde jueces a otros órganos de relevancia constitucional. El resultado de este complejo juego de cooperación, negociación, argumentación¹⁷ y también de lucha de poder, es contextual y variable en el tiempo. Lo que es la Constitución, lo que significa el texto constitucional, se puede detectar *ex post* (*post interpretationem*), y es lo que se enseña en las facultades de Derecho y que sirve como base para hacer previsiones sobre los significados futuros de la Constitución. Es un equilibrio contingente que depende de la actuación, interpretativa o no, de una multitud de agentes, entre los cuales cabe incluir también a teóricos normativos influyentes como Alexy o Dworkin.

Hablando de la Constitución como resultado de una pluralidad de actividades —interpretativas o no—, o bien —si se prefiere— como resultado de una práctica compleja que involucra los operadores institucionales, profesionales y doctrinales del derecho, hemos individualizado un sentido ulterior de “Constitución”: no más Constitución como norma, sino Constitución como producto de un conjunto de hechos sociales, un hecho social ella misma, un hecho institucional que puede ser analizado con los instrumentos típicos de las ciencias sociales y comprendido con las herramientas que nos brinda la filosofía social, elaborada por autores como John Searle o Jon Elster.

Estas nociones de interpretación constitucional como actividad y como resultado, lo repito, son las preferibles desde el punto de vista de una teoría a-valorativa del derecho. Pero hay

¹⁷ En efecto se puede atribuir sentido a la constitución también a través de actos que no son directamente interpretativos, como por ejemplo las conductas institucionales.

que afirmarlo claramente al finalizar mi exposición, estas nociones —aun si creo que pueden ser útiles y hasta necesarias para los operadores institucionales y profesionales del derecho— no son para ellos suficientes. Las respuestas a las preguntas “¿cómo se ha interpretado la Constitución?” o “¿cuál es el resultado de las actividades interpretativas de la Constitución?” son útiles pero no suficientes para responder a la pregunta que se plantean los operadores prácticos del derecho: “¿cómo debo interpretar la Constitución?”. Para responder a esta última pregunta hacen falta doctrinas normativas. Doctrinas normativas que en mi opinión, deben brindar propuestas fiables, estables y compartidas. *Fiables*, es decir que por ejemplo, no remitan las decisiones interpretativas a las subjetivas creencias morales de los jueces. Relativamente *estables*, o sea que permitan por ejemplo un grado razonable de previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones del legislador; en particular la previsibilidad que una ley sea juzgada o no como conforme a Constitución por el Tribunal Constitucional. Y *compartidas*, al menos en gran medida, por la cultura jurídica de un país.

Estas propuestas normativas están siendo elaboradas en todo el mundo por filósofos del derecho como Robert Alexy o como los del grupo de Alicante. Pero la responsabilidad principal y última para que estas propuestas lleguen a ser fiables, estables y compartidas pertenece —yo creo— a los tribunales constitucionales. Al menos algunos de ellos —como en Latinoamérica, la Corte Constitucional de Colombia— han decidido tomar en sus manos esta difícil tarea y aceptar el desafío que supone llevarla a cabo.

III. El neoconstitucionalismo

Durante los últimos treinta-cuarenta años, en muchos países de la Europa continental y sucesivamente en varios países del mundo, se han realizado dos importantes cambios en el dominio jurídico: un cambio estructural, la “constitucionalización” del derecho, y un cambio doctrinal, la afirmación del “neoconstitucionalismo”. Se trata de cambios relacionados entre sí, ya que uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y retroacción. En este ensayo no me detendré sobre el primero¹ y brindaré en cambio una presentación del segundo (párr. 1), ofreciendo después una apreciación crítica de una única forma de neoconstitucionalismo, aquella teórica (párr. 2).

1. NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO, IDEOLÓGICO Y METODOLÓGICO

El neoconstitucionalismo² contemporáneo es una doctrina que según sus partidarios, surge justamente en conexión con el de-

¹ Lo tomo en cuenta brevemente en el ensayo “Democracia y derechos fundamentales”, en este mismo volumen.

² “Neoconstitucionalismo” es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho —Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo— han empezado a usar, como forma de clasificar, para criticarlas, algunas tendencias positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa —particularmente en

sarrollo del proceso de constitucionalización del derecho, y que pretende superar y en un sentido suplantar, sea al positivismo jurídico, sea al iusnaturalismo.

Es bastante conocida la distinción formulada por Bobbio entre tres tipos o tres acepciones de positivismo jurídico:³ me parece oportuno, aunque sea un poco forzado, instituir una clasificación análoga entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo —teórico, ideológico, metodológico— incluso porque de ese modo, resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo, y respectivamente, de neoconstitucionalismo.⁴

La utilización de tal tripartición permite, por otro lado, evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. El constitucionalismo ha sido fundamentalmente una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo

España e Italia— y Latinoamérica —particularmente en Argentina y México— los estudios de esas tendencias, y su comparación con el positivismo jurídico.

³ Cfr. Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Comunità, Milán, 1972. Véase, en español: Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, trad. por E. Garzón Valdés, Buenos Aires, Eudeba, 1965 y Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.

⁴ Sobre las relaciones entre positivismo jurídico, constitucionalismo y/o neoconstitucionalismo, véase: Barberis, M., *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*, México, Fontamara, 2006; Carbonell, M. (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM-Trotta, 2003; Duarte, É. O. R. y Pozzolo, S., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, São Paulo, Landy Editora, 2006; Mazzaresse, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002; Pino, G., “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”, en *Law and Philosophy*, núm. 18, 1999, pp. 513-536; Pozzolo, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Prieto, L., “Costituzionalismo e positivismo”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 207-226; Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo*, 2a ed., México, Fontamara, 1999; Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, prólogo de L. Prieto, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

habitual aunque no necesario,⁵ el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre derecho y moral, y por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico.⁶ El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es sin duda la positivista y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica.

El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología y una correlativa metodología, sino también y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista.

1.1. Neoconstitucionalismo teórico

El neoconstitucionalismo como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una Constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la

⁵ No necesario, ya que han existido positivistas que si bien se han adherido a la ideología constitucionalista, sin embargo han rechazado lo que podríamos llamar el “constitucionalismo metodológico”, es decir, la idea de que las constituciones, y sobre todo los principios y los derechos fundamentales en ellas contenidos, instituyen un puente entre el derecho positivo y la moral.

⁶ La que existe entre positivismo y constitucionalismo como ideologías me parece la principal contraposición que subyace en el pionero trabajo de Matteucci, N., *Positivism giuridico e costituzionalismo* (1963), Bologna, Il Mulino, 1996. Sobre ello, y sobre la discusión que siguió entre Bobbio y Matteucci, cfr. Margiotta, C., *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 30, 2, 2000, pp. 387-425.

aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.

Al interior de la teoría neoconstitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto —parcialmente— modificado del iuspositivismo, otros sostienen, por el contrario, que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto, el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico. Examinaré críticamente esta segunda tendencia en el parágrafo 4.1.

Es necesario observar que el neoconstitucionalismo teórico —que se caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que en los sistemas jurídicos contemporáneos asume el documento constitucional— adopta a veces como objeto de investigación, lo que he definido como el “modelo descriptivo de la Constitución como norma”, y a veces por el contrario, el “modelo axiológico de la Constitución como norma”.⁷

Uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico —distintivos respecto a la teoría iuspositivista tradicional— es sin duda la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, presenta hoy de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley.⁸ Pero tales peculiaridades

⁷ Cfr. en este mismo volumen el ensayo “El objeto ‘constitución’ y su interpretación”.

⁸ Cfr., en general, Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1997.

vienen diversamente configuradas según que se adopte uno u otro modelo de Constitución. Dado que a mí me parece que si adopta el modelo axiológico de Constitución como norma, el constitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del derecho sino como una ideología, mencionaré en el siguiente subtítulo 1.2, bajo el título de constitucionalismo ideológico, la correspondiente doctrina de la interpretación constitucional.

Aquellos que adoptan por el contrario el modelo descriptivo de Constitución como norma, entienden que la constitución presenta al menos una característica en común con la ley: la de ser también ella un documento normativo. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, configura normalmente la interpretación constitucional, al igual que la interpretación de la ley, como una especie del género interpretación jurídica, siendo esta última generalmente definida como la adscripción de significado a un texto normativo. Y en efecto, en la literatura reciente la tendencia que se encuentra es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. Al interior de esta posición común, sin embargo, se encuentra alguna diversidad de acentuación, que depende en buena medida del hecho de que algunos autores, a diferencia de otros, dan también cuenta desde un punto de vista externo moderado, de la actividad interpretativa de las cortes constitucionales, las cuales a su vez, parecen comúnmente asumir no el modelo descriptivo sino el axiológico de Constitución.

1.2. Neoconstitucionalismo ideológico

Cuando se presenta —también— como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal —que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX—, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto

con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo.⁹

El neoconstitucionalismo ideológico no se limita, por tanto, a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales —podríamos en este sentido hablar de “neoconstitucionalismo de los contrapoderes”—, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución —podríamos en este sentido hablar de un “neoconstitucionalismo de las reglas”—.

Dado que algunos de sus promotores —pienso por ejemplo en Alexy, Campbell, Dworkin y Zagrebelsky— entienden que en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución. Y en este específico sentido, el neoconstitucionalismo parece tener alguna conexión con el positivismo ideológico. Pero este punto va profundizado: por eso voy a brindar preliminarmente un análisis esquemático del positivismo ideológico, dirigido a mostrar cómo bajo ese rótulo se encuentran posturas que presentan rasgos algo diferentes entre sí.

Según Bobbio, el positivismo como ideología tiene como máxima fundamental: “Se deben obedecer las leyes en cuanto tales”¹⁰ y no porque sean justas. La ideología positivista es para él sintetizable así: “El derecho, por la manera en la que es puesto y hecho valer, o bien por el fin al que sirve, cualquiera que sea su

⁹ Cfr. Hierro, L. L., *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 1998.

¹⁰ Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 136.

contenido, tiene por sí mismo un valor positivo y se debe brindar obediencia incondicionada a sus prescripciones”.¹¹ Desarrollando y parcialmente modificando¹² las ideas de Bobbio, creo que se pueden útilmente distinguir al menos tres versiones del positivismo ideológico: *latissimo*, *lato* y *stricto sensu*.¹³

El positivismo ideológico *latissimo sensu* es la versión seguramente más antigua, y que ha encontrado en las palabras del Creonte de Sófocles una de sus expresiones más célebres. Se puede sintetizar en la idea según la cual se debe obediencia al derecho independientemente de su contenido, como así también de su forma y estructura. En otras palabras, se debe obediencia a cualquier orden de la autoridad, es decir: se debe obediencia a la autoridad. Esta versión ofrece generalmente una justificación del por qué se debe obedecer: en la mayoría de los casos —piénsese en Hobbes— para evitar el recurso a la violencia en las relaciones sociales. No hay en esta versión una moralidad interna y necesaria en el derecho —es decir relativa a su contenido, forma o estructura—, sino una justificación moral “externa” de la autoridad,

¹¹ *Ibidem*, pp. 113-14. Sobre los varios tipos de positivismo jurídico, cfr. también: Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006; Dimoulis, D., *Positivismo jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, São Paulo, Método, 2006; Escudero R., Alday, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004; Jiménez Cano, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

¹² En efecto, pienso que no tiene demasiada utilidad la dicotomía, propuesta por Bobbio entre dos distintos tipos de argumentación a través de los cuales se atribuiría una valoración positiva al derecho existente. Cfr. Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, *cit.*, p. 110: “1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es decir de ser emanación de una voluntad dominante, es justo [...]; 2) el derecho [...] sirve, con su propia existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para alcanzar ciertos fines deseables, como el orden, la paz, la certeza y en general la justicia legal”. Es el segundo tipo de argumento y no el primero, el que en mi opinión caracteriza de manera sobresaliente las distintas formas históricas de positivismo ideológico.

¹³ Esta tipología, por supuesto, no pretende ser exhaustiva, ya que no logra enmarcar algunas formas “mixtas” de positivismo ideológico, que combinan ciertos elementos típicos de posturas neoconstitucionalistas. Pienso en particular a las opiniones expresadas por Campbell, T. D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996.

de sus órdenes y por consiguiente del derecho. El valor moral que se persigue es la paz social.

El positivismo ideológico *lato sensu* es la versión decimonónica o genéricamente moderna. Se puede sintetizar en la idea según la cual se debe obediencia al derecho independientemente de su contenido —el legislador es el dueño del derecho—, pero no cualquier conjunto de órdenes de una autoridad constituye un derecho: solo lo constituyen las leyes generales y abstractas a las que los mismos poderes están en alguna medida sometidos. La justificación del deber de obediencia depende —además que del valor moral de la paz social— de la moralidad interna del derecho,¹⁴ es decir, del valor intrínseco de su forma —gobierno *per leges*— y de su estructura —gobierno *sub lege*—. Solo está justificada la obediencia a las leyes de un Estado de derecho. El valor moral que se persigue es la igualdad formal.

El positivismo ideológico *stricto sensu* es la versión democrática de la segunda mitad del siglo xx. Se puede sintetizar en la idea según la cual se debe obediencia al derecho independientemente de su contenido, pero solo si sus procedimientos de formación son democráticos, es decir, si las leyes —generales y abstractas— han sido aprobadas por la mayoría. Aquí el valor intrínseco del procedimiento democrático —que respeta más que cualquier otro el valor de la autonomía, además de perseguir aquellos de la paz social y de la igualdad formal ya que atribuye a todos los ciudadanos un igual derecho de participación política— justifica el deber de obediencia a las leyes aprobadas por la mayoría —sin limitaciones sustanciales, y por tanto cualquiera que sea su contenido—. Está justificada la obediencia a las leyes de un Estado democrático —en sentido procedimental— de derecho.

Según el neoconstitucionalismo ideológico contemporáneo, en cambio, se debe obediencia al derecho solo si tiene un determinado contenido, es decir, si se conforma a una Constitución que tiene a su vez un determinado contenido: una Constitución formada por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que constituyen —al menos en opinión de algunos

¹⁴ Este último concepto es analizado en los detalles por Escudero Alday, R., *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, CEPC, 2000.

autores cognitivistas como Dworkin; no en opinión de otros, no cognitivistas como Ferrajoli— la positivización de la moral crítica. La justificación de la obediencia al derecho, no a cualquier derecho, es brindada por una moral que “nace” fuera del derecho y después se incorpora al sistema jurídico en su más alto nivel, la constitución. Solo está justificada la obediencia a las leyes de un Estado constitucional y democrático de derecho.

En resumen, podríamos decir que todos los tipos de positivismo y neoconstitucionalismo ideológicos afirman que se debe obedecer al derecho por razones morales.¹⁵ Se distinguen entre sí, sin embargo, por los valores morales que conforme a cada uno de ellos justifican la obediencia y por el concepto de derecho que usan.

Por lo que se refiere a los valores morales, se trata respectivamente:

- en el caso del positivismo ideológico *latissimo sensu* de la paz social;
- en el caso del positivismo ideológico *lato sensu* de la igualdad formal;
- en el caso del positivismo ideológico *stricto sensu* de la autonomía;
- en el caso del neoconstitucionalismo ideológico de los derechos fundamentales.

Por lo que se refiere al concepto de derecho, se trata respectivamente:

- en el caso del positivismo ideológico *latissimo sensu* de cualquier conjunto de órdenes de la autoridad,
- en el caso del positivismo ideológico *lato sensu* de cualquier conjunto de normas generales y abstractas,
- en el caso del positivismo ideológico *stricto sensu* de cualquier conjunto de normas aprobadas por la mayoría,
- en el caso del neoconstitucionalismo ideológico de cualquier conjunto de normas conforme a los derechos fundamentales.

¹⁵ Un análisis pormenorizado de las justificaciones morales que han sido presentadas a favor del deber de obediencia al derecho, y entonces de la así llamada “obligación política”, se encuentra ahora en Vilajosana, J. M., *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, cap. IV.

Si se acepta esta reconstrucción de los varios tipos de positivismo ideológico y de sus relaciones con el neoconstitucionalismo ideológico, el debate contemporáneo entre los partidarios del así llamado “modelo Westminster”, es decir, de una democracia procedimental sin vínculos sustanciales¹⁶ y los del modelo de Estado constitucional de derecho, es decir, de una democracia procedimental con vínculos sustanciales —superioridad de una Constitución que incorpora un *bill of rights* y control judicial de legitimidad constitucional de las leyes—,¹⁷ podría ser leído —esta es mi propuesta interpretativa— como un contraste entre positivistas ideológicos —*stricto sensu*— y neoconstitucionalistas ideológicos.

Se trata de una discusión de ética normativa que se desarrolla a menudo mezclando dos planos que en mi opinión deberían mantenerse diferenciados: el plano empírico del funcionamiento de las democracias reales y del control de constitucionalidad real; y el plano ideal, filosófico-político, de la respectiva justificación de los dos modelos sobre la base de los principios y valores liberales.¹⁸

La pregunta fundamental del debate entre positivistas y neoconstitucionalistas ideológicos es la siguiente: ¿Cuál es el diseño institucional que mejor realiza el valor de la autonomía individual?

¹⁶ Cfr. por ejemplo: Bayón, J. C., “Derechos, democracia y constitución”, en *Discusiones*, núm. 1, 2000, pp. 65-94; Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; Waldron, J., *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

¹⁷ Cfr. por ejemplo: Dworkin, R., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), Milán, Feltrinelli, 2007, cap. 5; Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), Madrid, Trotta, 1995, 4ª ed., 2000, parte V; Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, espec. vol. II; Ferreres, V., *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, México, Fontamara, 2008; Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), Madrid, Trotta, 1995; Zagrebelsky, G., *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Turín, Einaudi, 1995; Zagrebelsky, G. *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, ed. por G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.

¹⁸ Que los participantes en la discusión compartan al menos algunos principios fundamentales de corte liberal es, en mi opinión, justamente lo que hace posible y fructífero el debate.

¿El modelo Westminster o el Estado constitucional de derecho? Dicho de otra forma: ¿Cuál de los dos diseños institucionales está más justificado por el valor liberal cardinal, el de la autonomía? De este debate me ocupo brevemente en el ensayo “Democracia y derechos fundamentales”, en este mismo volumen.

Ya que adopta, como se ha apuntado, el modelo axiológico de la Constitución como norma, el neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley, y también de la aplicación de la Constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto Constitución respecto a la ley y se manifiestan sobre todo en relación a las respectivas técnicas interpretativas. Muy claro y ejemplificativo en ese sentido es Ronald Dworkin, especialmente en el trabajo titulado *The Moral Reading of the Constitution*.¹⁹

Con respecto a la aplicación de la Constitución y en particular de los principios, valores y derechos constitucionales —que son un conjunto contradictorio—,²⁰ los neoconstitucionalistas ideológicos afirman que ella se actúa a través de la ponderación, que ellos contraponen al tradicional procedimiento subsuntivo de aplicación de las reglas en el marco jurídico.

De forma muy esquemática, y que por supuesto requeriría un soporte argumental que omitiré aquí, se puede sostener que contrariamente a lo que afirman algunos neoconstitucionalistas ideológicos:

- a) La aplicación solo es subsuntiva ya que la actividad de ponderación se realiza antes de la aplicación en sentido estricto. La solución del conflicto entre principios a tra-

¹⁹ Publicado por primera vez en *The New York Review of Books*, 21 mar 1996, pp. 46-50; luego incluido, como introducción, en Dworkin, R., *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996. Para una reconstrucción de la posición de Dworkin en materia de interpretación constitucional, véase en este mismo volumen el ensayo “El objeto ‘constitución’ y su interpretación”.

²⁰ Cfr. Celano, B., “Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2005, pp. 53-74.

vés de la ponderación genera una regla, y es esta última la que encuentra aplicación subsuntiva en los concretos casos singulares.

- b) La ponderación no es solo típica de los principios, sino que puede también realizarse antes de la aplicación de reglas jurídicas. Y esto es así toda vez que se individualicen dos o más disposiciones que se asume, a través de una oportuna interpretación, expresen reglas total o parcialmente aplicables al mismo supuesto de hecho. En esos casos el intérprete puede operar una ponderación entre las dos reglas en lugar de configurar una contradicción entre ellas.
- c) La ponderación no es la solución de un conflicto aparente, no determina unívocamente sobre la base del contenido de los derechos y principios un resultado estable —es decir, una regla entendida como condicional universal e inderrotable—. ²¹ La ponderación, si no es un vacío o una pura metáfora, ²² es la solución contextualmente determinada y por ende inestable, de un genuino conflicto entre derechos, principios y valores.

1.3. Neoconstitucionalismo metodológico

Algunas variantes del neoconstitucionalismo y en especial aquellas que se presentan —también— como una ideología, presuponen una toma de posición metodológica que propongo llamar —con algo de arbitrariedad, lo admito— “neoconstitucionalismo metodológico”. La referencia es obviamente a autores como Alexy y Dworkin. ²³

²¹ Cfr. *ibidem*, p. 68.

²² Cfr. *ibidem*, p. 70.

²³ Sobre el neoconstitucionalismo de Alexy y Dworkin, y su relación con el positivismo jurídico, cfr. Bongiovanni, G., *Teorie “costituzionalistiche” del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, CLUEB, 2000; Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005; García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, CEPC, 1998; Giordano, V., *Il positivismo e la sfida dei principi*, Ná-

Tal denominación recuerda explícitamente el y se contraponen al positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. Esta tesis tiene, como se sabe, al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la de la no conexión necesaria entre derecho y moral. Desde mi punto de vista, la tesis positivista tiene también al menos un presupuesto: la aceptación de la gran división entre ser y deber ser en su formulación lingüística, como distinción entre describir y valorar-prescribir. No tiene sin embargo como presupuesto, la tesis metaética no-cognitivistista en el ámbito moral: por lo menos no necesariamente, aún si de hecho muchos teóricos positivistas son no-cognitivististas y la mayoría de los críticos del positivismo son cognitivististas.

El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario —al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral— la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Desarrollaré como conclusión, algunas consideraciones críticas sobre el neoconstitucionalismo como teoría. En efecto, ya critiqué en otra ocasión unos aspectos del neoconstitucionalismo como metodología y como ideología.²⁴

Como ya he sugerido en las páginas precedentes, creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta mejor que la tradicional

poles, ESI, 2004; Pozzolo, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit.; Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo*, cit. En particular sobre la teoría de los derechos fundamentales de Alexy véase: Menéndez, A. J. y Eriksen, E. O. (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.

²⁴ Cfr. Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, ed. por R. Escudero Alday, Madrid, CEPC, 2010, caps. 5 y 6.

iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión solo contingente entre derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. Dado que han —parcialmente— cambiado los modelos de Estado y de derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.

Las únicas críticas que presentaré se dirigen contra aquellas variantes del neoconstitucionalismo teórico, como por ejemplo la de Ferrajoli o la de Zagrebelsky, que ofrecen una reconstrucción del estatus y de las tareas de la teoría del derecho desde mi punto de vista inaceptable.

Luigi Ferrajoli, en algunos de sus escritos²⁵ y no solo en *Derecho y razón*, ha afirmado que la ciencia jurídica hoy y en los países democráticos, es necesariamente “normativa”. En particular, Ferrajoli entiende que la “descripción” de la Constitución es normativa respecto a los niveles inferiores del ordenamiento. La operación de Ferrajoli me parece la siguiente: una vez interpretada la Constitución como contenedora de un conjunto de valores, que cuentan con la adhesión política de Ferrajoli, se prescribe a la ciencia jurídica denunciar la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales contrastantes con esos valores, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales y el colmar las lagunas —que de axiológicas devienen, en la configuración de Ferrajoli, lagunas técnicas—.

Un ejemplo. Ferrajoli, dada la definición teórica de “derecho subjetivo” como una posición de ventaja que implica la existencia de una obligación correspondiente a otro sujeto, sostiene la tesis de que cuando un derecho esté establecido por la Constitución y

²⁵ Cfr., entre otros, Ferrajoli, L., “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en Ferrajoli, L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

falte una ley que instituya las obligaciones correspondientes, estaremos en presencia de una laguna —técnica— que debería ser denunciada por la ciencia jurídica —normativa—.

A mí me parece que esta es una tesis que proviene de la adhesión al neoconstitucionalismo ideológico —y no teórico— y del haber asignado un rol normativo a la ciencia jurídica. De forma coherente con la definición teórica de “derecho subjetivo” presentada, Ferrajoli debería —con Kelsen— concluir a nivel teórico, que si se instituyen en un ordenamiento concreto derechos sin las obligaciones correspondientes, estos presuntos derechos no son tales. No debería concluir que existe una laguna técnica, sino que no existe el derecho subjetivo en cuestión. Obviamente desde un punto de vista de política del derecho, se puede afirmar que estamos en presencia de una laguna axiológica, que el legislador debería intervenir para colmarla, que la técnica normativa de instituir derechos sin las obligaciones correspondientes está en contraste con el modelo de un legislador racional, etcétera. O bien, se podría cambiar la definición teórica y distinguir entre derechos perfectos —que cuentan con las correspondientes obligaciones— y derechos imperfectos —que no cuentan con las correspondientes obligaciones—.

Pero no se puede confundir, como hace Ferrajoli, entre la implicación lógica —permitido implica no prohibido— y la implicación en el interior de una teoría —el derecho subjetivo supone una obligación correspondiente—, por una parte, y por otra, la tesis de política del derecho *de iure condendo* según la cual, si existe un derecho reconocido a nivel constitucional, *debe* existir una obligación correspondiente reconocida a nivel legislativo. Se trata de dos cosas completamente diversas, y afirmar que de la primera deriva la segunda equivale a afirmar la tesis de que un conjunto de proposiciones que prescriben cómo el derecho debe ser —sin lagunas ni contradicciones— sea derivable de un conjunto de proposiciones que describen cómo el derecho es —ordenamiento bidimensional, Constitución rígida que enuncia derechos, etc.—. Esta tesis me parece adscribible a la familia de los naturalismos jurídicos, y por tanto del todo contradictoria con las premisas divisionistas de la teoría neoconstitucionalista de Ferrajoli.

Creo que la expresión “ciencia jurídica”, tal como la usa Ferrajoli es ambigua, porque se refiere tanto a la teoría del derecho como a la dogmática jurídica. Pero no todo lo que se puede predicar de la dogmática conviene a la teoría del derecho y viceversa. Particularmente espinoso es justamente el problema de la “politicidad” de la ciencia jurídica. Estaría de acuerdo con Ferrajoli en que la actividad de la dogmática es necesariamente —también— política, pero ¿por qué también debería serlo la de la teoría del derecho, entendida como metaciencia jurídica? Y luego: ¿en qué modo un modelo explicativo del Estado constitucional de derecho es *también* normativo, como afirma Ferrajoli? ¿Y sirve como instrumento de control y de crítica? A mí me parece que obviamente, solo un modelo normativo puede servir para controlar y criticar, no desde luego un modelo explicativo. Lo que el derecho es, no puede servir para criticar lo que el derecho es ni para indicar lo que el derecho debe ser. Y sin embargo es justamente esto lo que Ferrajoli parece sostener. Dado el modelo explicativo de cómo el derecho es, el teórico, según Ferrajoli, debería criticar los alejamientos del modelo. La única explicación es que el modelo de Ferrajoli no sea explicativo sino ideal. Nada de malo en ello: por lo demás es un modelo que cuenta con toda mi simpatía. Pero explicar el derecho es otra cosa y el teórico debería hacer solamente esto.

Gustavo Zagrebelsky, por su parte, hace teoría desde el punto de vista interno en sentido fuerte, ya que entiende que la idea de derecho se puede conocer solo desde el interior, participando en la práctica social llamada “derecho” —punto de vista interno débil—, y además muestra y propugna la adhesión a los valores expresados por el derecho y sobre todo por la Constitución. Y dado que la práctica “derecho” es una combinación de juicios de hecho y de valores, también la teoría resulta compuesta del mismo modo: como dice Zagrebelsky, es una *iuris-prudentia* y no una *scientia iuris*.

A mí me parece que el derecho como práctica social, no presenta características distintivas tales como para exigir un acercamiento metodológico distinto del que tiene por objeto otras prácticas sociales, y que por tanto, solamente pueda ser estudiado desde un punto de vista externo, es decir, hasta donde es posible en el campo de las ciencias sociales, no valorativo. Pero hay una

exigencia expresada por Zagrebelsky y por otros estudiosos que debe ser tenida en cuenta: la de considerar como imprescindible, para poder conocer la idea del derecho, el punto de vista interno de los operadores —jueces, legisladores, juristas y simples ciudadanos—. Tenerlo en cuenta es una cosa distinta de hacerlo propio. Podemos distinguir un punto de vista externo radical, comportamentista o normativista, para el que solo cuentan como objetos de investigación los comportamientos de los actores de la práctica o las normas en su formulación. Y hay un punto de vista externo moderado, para el cual además de los precedentes, cuentan como objeto de investigación también las actitudes internas de los actores de la práctica, en particular la idea de derecho que ellos presuponen.

Zagrebelsky no alcanza, por defecto en el acercamiento metodológico, a aportar una teoría del derecho satisfactoria —y podría enunciar los muchos puntos en los que pasa del describir al prescribir, proponiendo teorías normativas de la Constitución, de los principios, de la interpretación, etcétera—, pero su obra²⁶ es sumamente útil como objeto de la teoría del derecho que asume un punto de vista externo moderado, y que la interpreta como una doctrina jurídica y valora su potencialidad práctica-operativa. De hecho, como todas las obras de los grandes juristas dogmáticos, la doctrina de Zagrebelsky aporta como material preelaborado una síntesis de la mentalidad y de las actitudes de un grupo —por lo demás influyente— de juristas, sobre cuya teoría del derecho conviene reflexionar.

²⁶ Pienso sobre todo en Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995; *La crucifixión y la democracia*, Ariel, Barcelona, 1996.

IV. Democracia y derechos fundamentales

1. INTRODUCCIÓN

El tema de este ensayo es por supuesto demasiado amplio y genérico para poderlo tratar de forma detallada: solo me limitaré a presentar unas consideraciones introductorias.

Desde un punto de vista metodológico, la configuración de las relaciones entre democracia y derechos fundamentales —o sea derechos humanos jurídicos— depende al menos: *a)* del enfoque que se adopta, y *b)* de los sentidos de “democracia” y “derechos fundamentales”, que son múltiples.

En este ensayo, por tanto, voy a ofrecer primero un panorama sintético de los diferentes enfoques y de algunos sentidos de “democracia” y “derechos fundamentales” (párr. 2). Elegido adoptar un enfoque filosófico-jurídico y filosófico-político de corte normativo, voy a presentar en seguida (párr. 3) un modelo que implica una relación necesaria entre democracia y derechos fundamentales, basado en la obra de Luigi Ferrajoli y parecidos a otros modelos muy conocidos, como los de Rawls, Habermas y Höffe.

Examinaré después algunas críticas —presentadas, entre otros, por Waldron y Bayón— en contra de este modelo, críticas que subrayan la superioridad axiológica de la democracia sobre los derechos fundamentales (párr. 4). Para responder a estas críticas, voy a ilustrar una posible fundamentación del modelo en la ideología contractualista (párr. 5), analizando también en un

inciso, las relaciones entre contractualismo, democracia y derechos fundamentales.

En la conclusión (párr. 6) adoptaré un enfoque más bien político para mencionar muy brevemente los principales problemas de implementación de los derechos fundamentales, que están estrechamente conectados con los problemas de ampliación de la democracia en el interior de cada país y en el nivel internacional.

2. DIFERENTES ENFOQUES Y SENTIDOS

Las distinciones que siguen, aún si tediosas, son necesarias a mi entender, ya que:

- a) estamos tratando con palabras eminentemente “persuasivas” y con temas “calientes” —y no “fríos”—;
- b) el uso no siempre consciente de las expresiones “democracia” y “derechos fundamentales” en diferentes sentidos, crea a menudo un riesgo real de malentendidos en la discusión, y
- c) las conclusiones, aún si acertadas, que se obtienen adoptando un enfoque no son siempre comparables con las soluciones que se obtienen adoptando otro enfoque —ni se oponen ni se respaldan—, y a veces tampoco son “exportables” afuera del enfoque en cuestión.

Y yo sigo pensando que las confusiones conceptuales, las disputas verbales, el sincretismo metodológico, no ayudan, sino dañan a la tarea científica.

2.1. Sin pretensión de ser exhaustivos, se pueden distinguir al menos estos diferentes *enfoques* con los que se puede tratar y de hecho ha sido tratada la conexión entre democracia y derechos fundamentales:¹

1. Enfoques jurídicos que a su vez se distinguen en enfoques teóricos, históricos, sociológicos, dogmáticos y normativos —modelos y propuestas *de iure condendo*—.

¹ Hay por supuesto otros más: enfoques económico, sociológico general o sistémico, antropológico, etc.

2. Enfoques políticos que a su vez se distinguen en enfoques de teoría o ciencia política, históricos y normativos —modelos filosóficos y propuestas operativas—.
3. Enfoques morales que a su vez se distinguen en enfoques metaéticos y enfoques normativos, enfoques históricos y sociológicos.

Esta clasificación puede cruzarse con otra que distingue entre enfoques teóricos —construcción de modelos explicativos—, empíricos —que describen situaciones de hecho— y normativos —directamente prescriptivos, o bien que construyen modelos prescriptivos—: los primeros dos dicen cuáles son, el tercero cuáles deben ser las relaciones entre democracia y derechos fundamentales, habiendo previamente brindado un análisis de democracia y derechos fundamentales.

En este ensayo, primero voy a presentar brevemente un modelo jurídico-normativo —que tiene también pretensiones teóricas— de las relaciones entre democracia y derechos fundamentales; después trataré de discutir en el interior de un enfoque filosófico-político-normativo, la posible fundamentación del modelo jurídico. Mi propio nivel de discurso va a ser principalmente metateórico.

2.2. Respecto a los distintos *significados* de “democracia” y “derechos fundamentales” cabe subrayar lo siguiente.

2.2.1. “Democracia” es hoy una palabra con fuertes connotaciones valorativas positivas —y no siempre fue así—. Esto en parte explica por qué hay tantas discusiones sobre la definición de “democracia”:² si algo es “democrático” es bueno, y por tanto, hay la tendencia a definir “democrático” todo lo que nos gusta: formas de gobierno, partidos, mecanismos electorales, procedimientos de toma de decisiones, etcétera.

Entre las múltiples tentativas de brindar una definición con pretensiones —casi nunca logradas— de neutralidad, se pueden individualizar tres grupos de definiciones:

² Cfr. Greppi, A., *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006.

- a) Definiciones procedimentales: son todas aquellas que pueden resumirse bajo la fórmula “gobierno del pueblo”. La democracia es una forma de gobierno en donde —según la etimología de la palabra— es el pueblo que directa o indirectamente toma las decisiones públicas, a las que están sujetos también los que no están de acuerdo con ellas. Dos precisiones: el “pueblo” puede ser entendido o bien —según una perspectiva de individualismo metodológico— como un conjunto de individuos —todos los ciudadanos o la mayoría de ellos—, o bien —según una perspectiva holista— como una entidad orgánica, un cuerpo no reducible a los individuos que lo componen; los diferentes procedimientos a través de los cuales el pueblo toma las decisiones, individualizan distintas formas de democracia directa o de democracia representativa.

En este sentido de “democracia” se llaman también “democráticos” los métodos con que se toman las decisiones colectivas y las reglas que rigen estos procedimientos —es decir que indican *quién* decide y *cómo* se decide—.

Todas estas definiciones configuran la que a veces se llama democracia formal, procedimental o política. En esta familia incluiría tanto a las concepciones que de forma simplista equiparan democracia y regla de mayoría, como las concepciones “deliberativas” de la democracia.³

- b) Definiciones sustanciales: son todas aquellas que pueden resumirse bajo la fórmula “gobierno para el pueblo”, y no necesariamente del pueblo. La democracia es una forma de gobierno que dicta el *qué* se decide, es decir, los límites sobre lo que se puede y lo que no se puede decidir según los procedimientos de la democracia formal o según otros procedimientos. Aquí también el “pueblo” puede ser entendido como conjunto de individuos —versiones individualistas y a menudo liberales— o como un cuerpo orgánico —versiones holistas y a menudo totalitarias, de

³ Sobre estas últimas, y en general sobre las distintas concepciones procedimentales de la democracia, véase Martí, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.

izquierda o de derecha—. El qué se decide tiene que ser algo en el interés del pueblo: según los diferentes límites y presupuestos de la toma de decisiones colectivas, se distinguen en este sentido de “democracia”, las democracias constitucionales, sociales, populares, etcétera.

- c) Definiciones mixtas: son todas aquellas que pueden resumirse bajo la fórmula “gobierno del pueblo para el pueblo”, es decir que unen las dos precedentes “dimensiones” de la democracia, a veces haciendo prevalecer la primera, a veces la segunda. Son según creo, las más exitosas hoy en día en Occidente.

La definición que me interesa analizar otorga una prioridad axiológica a la democracia sustancial —en su versión constitucionalista— sobre la puramente procedimental. En palabras de Bobbio: “La democracia no es solo un método, sino también un ideal: el ideal igualitario. Donde este ideal no inspira a los gobernantes de un régimen que se llama democrático, la democracia es un nombre en vano. No puedo separar la democracia formal de la sustancial. Tengo el presentimiento de que donde solo existe la primera, un régimen democrático no está destinado a durar”.⁴ En esta versión de Bobbio, en las concepciones de Ferrajoli y de muchos más, la democracia, más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales —es decir, de los derechos humanos positivizados e incorporados en una Constitución rígida—: lo que no se puede decidir son violaciones de los derechos fundamentales, lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es, como veremos, también un presupuesto de esta versión de la democracia.

2.2.2. “Derechos fundamentales” también es una locución con una fuerte carga positiva, al menos en Occidente. Y esto en parte

⁴ Carta de Norberto Bobbio a Guido Fassò, del 14 de Febrero de 1972, publicada por C. Faralli, *Presentazione* de Fassò, G., *La democrazia in Grecia* (1959), reimp. ed. por C. Faralli, E. Pattaro, G. Zucchini, Milán, Giuffrè, 1999, p. XI (cit. por Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 346).

explica las discusiones sobre la definición de “derechos fundamentales”, que versan principalmente hoy en día sobre tres clases de problemas: aquellos relativos a la identidad de los derechos fundamentales, aquellos relativos a su fuente de producción y aquellos relativos a su contenido.

Los problemas relativos a la identidad —o al estatus, o a la naturaleza— pueden ser sintéticamente expresados en las preguntas: ¿qué son los derechos fundamentales?, ¿cuáles son sus titulares? Los problemas relativos a la fuente de producción en las preguntas: ¿de dónde derivan?, ¿cuál es su fundamento? Los problemas relativos a su contenido en las preguntas: ¿cuáles son los derechos fundamentales?, ¿cuál es su catálogo?⁵

Estas preguntas implican a su vez las siguientes subcuestiones: ¿qué son, de dónde derivan, cuáles son los *derechos*?; ¿qué son, de dónde derivan, cuáles son los *derechos fundamentales*? Es decir, los problemas de identidad, fuente y contenido de los derechos fundamentales, incluyen en su interior los problemas generales y muy debatidos por la teoría jurídica moderna —desde Bentham en adelante—, relativos al concepto de derechos subjetivos; y los problemas más específicos y también muy discutidos por la teoría jurídica contemporánea, relativos a aquellos derechos subjetivos que se definen como “fundamentales”.

No puedo, por supuesto, analizar aquí por extenso la configuración del concepto de derecho subjetivo.⁶ Cabe solo recordar que existe todavía una profunda discusión teórica sobre una mul-

⁵ En las últimas décadas, las contribuciones más influyentes sobre el tema de los derechos fundamentales, en el marco de la filosofía del derecho, han sido probablemente las de Ronald Dworkin y de Robert Alexy. Véase, en particular: Dworkin, R., *Los derechos en serio* (1977), Barcelona, Ariel, 1984; Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004; Alexy, R., *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 2005. Sobre la teoría de Alexy véase ahora Menéndez, A. J. y Eriksen, E. O. (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.

⁶ Cfr., entre las obras recientes sobre el tema: Cruz Parceros, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007; Rainbolt, G. W., *The Concept of Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.

tipicidad de cuestiones que versan sobre la identidad, la fuente de producción y el contenido de los derechos subjetivos en general. Me limito a inventariar brevemente las que, en mi opinión, son los principales problemas al respecto.

Se discute en primer lugar —se trata de un problema de identidad—, si existe una noción unitaria de derecho subjetivo o nociones diferentes en dependencia del dominio en el que la locución “derecho subjetivo” es empleada.

Suponiendo que existe una noción unitaria, se discute en segundo lugar —se trata también de un problema de identidad— cuál es la definición más adecuada de esta noción:

- si en términos de interés reconocido y protegido por parte de un orden normativo —*interest theories*—, o
- en términos de poder de la voluntad individual —*will theories*—, o
- en términos de pretensión justificada de conseguir que otros actúen de una determinada forma, positiva o negativa —*claim-right theories*—, o
- en términos de una esfera de libertad garantizada en contra de las interferencias ajenas, o
- en términos de una posición subjetiva correlacionada a obligaciones correspondientes de otros sujetos (Hans Kelsen), o
- en términos de punto de conexión entre una pluralidad disyuntiva de supuestos de hecho y una pluralidad cumulativa de consecuencias normativas (Alf Ross), etcétera.

Se discute en tercer lugar —se trata una vez más de un problema de identidad—, cuáles clases de sujetos tienen de hecho o pueden tener potencialmente la titularidad de derechos: se discute en particular sobre la titularidad por parte de sujetos que no pertenezcan a la clase de los seres humanos adultos y física y psíquicamente sanos —por ejemplo: embriones humanos, enfermos terminales, animales no humanos, etc.—, y se discute también sobre la posibilidad de una titularidad colectiva, es decir, de grupos, comunidades, géneros, clases de edad, etcétera.

Se discute en cuarto lugar —se trata de un problema de fuente de producción—, cuál es el origen del derecho subjetivo: ¿es

una calificación normativa elemental o derivada?, ¿su fuente está constituida por el derecho objetivo, por la moral, por la naturaleza, etcétera?

Se discute en quinto lugar —se trata de un problema de contenido—, cuáles son los derechos en un doble sentido. Por un lado, en el sentido de cuál es la tipología de los derechos —cuál es el esquema ordenador de los derechos “posibles” que defina las características esenciales de algunos tipos-ideales de derechos subjetivos—; por el otro, en el sentido de cuál es la clasificación de los derechos —cuáles son los “verdaderos” derechos que pueden ser insertados en el interior de los tipos-ideales previamente identificados—.

2.2.2.1. Por lo que se refiere a los problemas de identidad de los derechos *qua* derechos *fundamentales*, encontramos aquí especificados los tres problemas antes mencionados. En resumen, se trata del problema de la existencia o no de una noción unitaria de derechos fundamentales, de cuál es esta noción —si es que existe—, y de cuáles son los titulares de los derechos fundamentales. Mientras que el primer problema no es muy debatido y en general se supone que existe una noción unitaria de derechos fundamentales, no es así con el segundo: hay en efecto diferentes teorías sobre la configuración de la noción de derechos fundamentales —*will theories*, *interest theories*, etc.—. Respecto de la titularidad, cabe notar que calificar a estos derechos como “humanos” no es suficiente para cerrar las discusiones. Sería simplista pensar —sobre todo en el marco moral— que no hayan zonas de penumbra por el solo hecho que estos derechos pertenezcan a “todos los seres humanos”.

2.2.2.2. Por lo que se refiere a los problemas de fuente de producción, el debate se desarrolla principalmente entre dos posturas: la que afirma que los derechos fundamentales son morales —es decir que su fuente de producción es algún tipo de ley o principio moral—, y la que afirma que los derechos fundamentales son jurídicos —es decir que su fuente de producción es la Constitución, la ley, la costumbre, las decisiones judiciales, etcétera—.

El mismo problema, desde un punto de vista más general, puede ser configurado como un problema de fundamentación:

¿los derechos fundamentales tienen una fundación moral y por tanto valen con independencia de su contingente reconocimiento jurídico, o tienen en cambio, una fundación jurídica y valen por tanto si y solo si reciben algún tipo de reconocimiento jurídico? Hay sin embargo muchos autores que quitan relevancia práctica a esta alternativa: la gran mayoría de los derechos humanos “morales” —ya que están incorporados hoy en día en las cartas constitucionales y en varios documentos normativos de órganos internacionales (como la ONU, la OSA o el Consejo Europeo)—, serían también derechos fundamentales jurídicos. En las palabras siempre citadas de Bobbio: “Il problema di fondo relativo ai diritti dell’uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma politico”.⁷

2.2.2.3. Por lo que se refiere a los problemas de contenido, las respuestas dependen en buena medida de las soluciones que se ofrezcan a los citados problemas de identidad y fuente de producción de los derechos fundamentales.

De todas formas, las discusiones que me parecen hoy más interesantes —con independencia de cuál se afirme que es la fuente de producción— son aquellas relativas al reconocimiento de tres diferentes categorías de derechos fundamentales.

En primer lugar, los derechos “liberales” que fueron consagrados en las primeras cartas de derechos del siglo XVIII y que encuentran ahora reconocimiento en casi todos los textos constitucionales, tanto en el nivel nacional como internacional. Se trata principalmente de:

- a) el metaderecho a gozar de los mismos derechos fundamentales —sin discriminación alguna basada en la raza, el color de la piel, el sexo, la lengua, la religión, las ideas políticas o de otro tipo, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento u otro estatus—;
- b) el derecho a la vida;
- c) el derecho a la libertad;
- d) el derecho a la seguridad;

⁷ Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990, p. 16.

- e) el derecho a la igualdad ante la ley;
- f) el derecho a las garantías procesales, especialmente en materia penal;
- g) el derecho a la privacidad;
- h) el derecho a la libertad de movimiento;
- i) el derecho de asilo;
- j) el derecho a la nacionalidad;
- k) el derecho a formar una familia;
- l) el derecho a la propiedad privada;
- m) el derecho a la libertad de pensamiento;
- n) la libertad de conciencia y de religión;
- ñ) el derecho a manifestar las propias opiniones;
- o) el derecho a asociarse;
- p) el derecho a participar activamente y en igualdad de condiciones en el proceso de decisión política.⁸

En segundo lugar, los derechos “sociales” que, ausentes de las primeras declaraciones de derechos, fueron consagrados en las constituciones y en las cartas internacionales de la posguerra. Se trata principalmente de:

- a) el derecho a la seguridad social;
- b) el derecho al trabajo;
- c) el derecho a un salario proporcionado al trabajo y suficiente;
- d) el derecho a formar sindicatos;
- e) el derecho al descanso;
- f) el derecho a un nivel de vida adecuado;
- g) el derecho a la educación;
- h) el derecho a participar en la vida cultural.⁹

En tercer lugar, los derechos “culturales”, esto es, los derechos a que se respete la propia identidad cultural en sentido lato

⁸ Extraigo este elenco de los arts. 1-21 de la *Universal Declaration of Human Rights*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

⁹ Extraigo este elenco de los arts. 22-27 de la *Universal Declaration of Human Rights*. En muchas cartas constitucionales, por ejemplo en la italiana, la lista es aún más amplia y comprende, entre otros, el derecho a la salud.

y, por tanto, la propia diferencia. La identidad está constituida en términos generales por características culturales, étnicas, religiosas, lingüísticas o de género. Tales características, en la medida en que sean valoradas positivamente por los sujetos que las poseen —por lo general integrantes de una minoría—, adquieren relevancia de cara a la atribución de dos tipos de derechos: negativos los unos, positivos los otros.

En el primer caso, se trata de la atribución de un derecho negativo a que los particulares y el Estado no interfieran en la propia esfera cultural, étnica, etc. Los derechos culturales negativos coinciden parcialmente con algunos derechos liberales, dado que ciertos elementos de una cultura son objeto específico de algunos derechos liberales —por ejemplo, la religión, la opinión, la formación de una familia—, pero existen otros elementos —como la lengua— que no son, acaso contingentemente, objeto de ningún derecho liberal. Por lo demás, en una cultura, una etnia, etc., puede haber elementos que contrasten directamente con los derechos liberales —por ejemplo, muchas culturas no admiten la libertad religiosa o el derecho a asociarse libremente o los derechos políticos—.

En el segundo caso, se trata de la atribución de un derecho positivo a que mediante las actitudes adecuadas y los comportamientos oportunos por parte de los particulares y del Estado, se respete y se pueda conservar la propia identidad cultural, étnica, etc. Los derechos culturales negativos vienen ya previstos desde hace algunos años en varias constituciones y en algunas declaraciones de derechos de ámbito internacional;¹⁰ los derechos culturales positivos, en cambio, hasta hace poco tiempo solo eran reivindicados por los movimientos multiculturalistas o feministas y por las filosofías políticas comunitarias, pero aún no habían sido consagrados en documentos normativos de carácter inter-

¹⁰ Léase, por ejemplo, el art. 27 de la *International Covenant on Civil and Political Rights*, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966: “In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language”.

nacional. Desde hace unos años, sin embargo, se han convertido en objeto de atención y han sido reconocidos por la *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992.¹¹

Los principales desacuerdos teóricos y políticos versan acerca del contenido y sobre todo de las relaciones recíprocas entre estas categorías de derechos. Podemos individualizar al menos tres grupos de posturas al respecto.¹²

Las posturas “compatibilistas”, según las cuales los tres tipos de derechos tienen que ser igualmente reconocidos: sus relaciones recíprocas son paritarias y de armónico equilibrio.

Las posturas “incompatibilistas absolutas”, según las cuales el conjunto de los tres tipos de derechos es en su interior contradictorio. Las antinomias solo son evitables si se reconocen algunos tipos de derechos y no otros. Las posturas incompatibilistas absolutas se diferencian entre sí según el tipo de derechos que reconocen —o que rechazan—. Ellas se colocan generalmente entre dos posturas extremas: la primera reconoce solamente a los derechos liberales y rechaza, por consiguiente, a los otros tipos de derechos, que considera todos como potencialmente destructores de los derechos liberales —piénsese por ejemplo en el libertarismo de Nozick—; la segunda, en cambio, no reconoce solamente a los derechos liberales que considera como vacíos, mistificados, falsamente universales y en realidad culturalmente caracterizados en sentido burgués —piénsese en algunas de las variantes de la ideología marxista y en el feminismo radical—.

¹¹ Los arts. 1.4, párrafos 2 y ss., y 5 de dicha *Declaration* prevén la tutela de los derechos culturales positivos. Los arts. 2 y 4.1 afianzan, en cambio, la tutela de los derechos culturales negativos.

¹² Sobre los conflictos entre derechos fundamentales véanse las penetrantes observaciones de Celano, B., “Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione”, en Comanducci, P. y Guastini R. (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2005, pp. 53-74. El tema viene profundizado también en este mismo volumen, en el ensayo “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”.

Las posturas “incompatibilistas relativas”, según las cuales los tres tipos de derechos son a menudo, pero no siempre, incompatibles entre sí. Las posturas incompatibilistas relativas piensan, sin embargo, que hay criterios para solucionar las antinomias entre derechos sin que resulte necesario rechazar el reconocimiento de alguno de ellos. Estas posturas generalmente proponen algún tipo de jerarquía interna entre los distintos tipos de derechos. También en este caso las preferencias son muy variadas. Podríamos de todas formas agruparlas esquemáticamente en dos grandes tendencias: la de construir una jerarquía en orden descendiente, que va de los derechos liberales a los sociales, a los culturales, y la tendencia de construir esta misma jerarquía en orden ascendente.

2.2.2.4. En lo que sigue adoptaré una noción amplia de derechos fundamentales, prescindiendo de las discusiones relativas a la identidad y al contenido de esos derechos. Por las finalidades de mi trabajo —es decir, en aras de analizar las relaciones entre derechos fundamentales y democracia—, supongo poder prescindir de la determinación de una precisa identidad de los derechos fundamentales y, al menos parcialmente, de su contenido. En otras palabras, supongo que lo que afirmaré puede valer cualquiera que sea la identidad y el contenido de los derechos fundamentales. Respecto a la fuente de producción, solo voy a tomar en consideración, sin detenerme sobre el asunto, los derechos fundamentales “jurídicos”.

2.3. Ahora bien, desde un enfoque jurídico los derechos fundamentales —es decir los derechos humanos positivizados y constitucionalizados— tienen una relación contingente con la democracia procedimental. Pueden darse, en efecto, democracias sin derechos fundamentales, es decir, democracias sin límites sobre lo que se puede o no se puede decidir por parte del pueblo; y derechos fundamentales sin democracia, por ejemplo en una monarquía ilustrada. Aun si parece ser que al menos los derechos fundamentales políticos, es decir de participación política, son un presupuesto necesario de la democracia procedimental y, como veremos, en algunas concepciones “cerradas” de la democracia, son además un límite necesario de este tipo de democracia.

3. MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Vamos a ver ahora los rasgos fundamentales de un modelo normativo —aun si en opinión de algunos de sus seguidores, con pretensiones teóricas— de conexión necesaria entre democracia y derechos fundamentales: el modelo de Estado constitucional de derecho. Voy a dar cuenta de este modelo apoyándome sobre todo en la obra de Ferrajoli,¹³ aun si se podría hacerlo a partir de otras más.

Este modelo constituye una modificación evolutiva del modelo de Estado de derecho decimonónico: conserva algunos de sus rasgos, pero parcialmente los modifica y agrega otros. Es un Estado en que tiene vigencia el principio de legalidad: un Estado *per leges* y *sub lege*.¹⁴

Es un Estado per leges, es decir que actúa a través de leyes generales —que se dirigen a clases de ciudadanos— y abstractas —que regulan clases de casos—. La generalidad es una característica que se opone a los privilegios y asegura la igualdad formal frente a la ley. La abstracción es una característica que se opone a la retroactividad de la ley y asegura cierto grado de estabilidad y certeza del derecho, y cierto grado de previsibilidad de las decisiones judiciales. Estos rasgos ya estaban presentes en el modelo de Estado de derecho decimonónico.

Es un Estado *sub lege*, en un doble sentido:

- a) porque en el plano formal, todo poder está subordinado a leyes generales y abstractas que lo disciplinan y cuya observancia está controlada por jueces independientes —el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrati-

¹³ Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, 4a ed., 2000, parte V. Véase también Ferrajoli, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006. Sobre varios aspectos de su obra, Cfr. Carbonell, M. y Salazar, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-IIIJ-UNAM, 2005.

¹⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 855 y ss.

vos o los jueces ordinarios para los actos de la administración—, y

- b) porque en el plano sustancial, todos los poderes están al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos —en la Constitución hay obligaciones de los órganos públicos correspondientes a los derechos fundamentales, los ciudadanos tienen derecho de activar la tutela judicial de sus derechos—.

Un Estado *sub lege* en el plano sustancial, es un Estado donde tiene vigencia el principio de legitimidad —es decir, el principio de legalidad en sentido sustancial—: todos los actos normativos, incluso las leyes, deben conformarse al contenido de los derechos fundamentales.

Hay, por tanto, diferencias importantes entre este modelo y el Estado de derecho del siglo XIX. El legislador no es más omnipotente ya que el ciudadano tiene derechos frente a él. La incorporación de derechos fundamentales en el interior de una Constitución rígida y el control de constitucionalidad de las leyes no existían en el modelo decimonónico, así como las obligaciones positivas del Estado de implementar algunos tipos de derechos fundamentales.

El modelo de Estado constitucional de derecho es, como ya subrayé, un modelo normativo, pero tiene también en opinión de algunos de sus seguidores pretensiones explicativas, ya que debería dar cuenta del proceso de “constitucionalización” que se va desarrollando en muchos países y en particular en la Europa continental.

Se trata de un proceso al término del cual el derecho resulta “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado. Siguiendo a Guastini,¹⁵ las principales condiciones de constitucionalización son:

¹⁵ Cfr., sobre todo, Guastini, R., “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, en Guastini, R., *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM, Fontamara, 2001.

- la existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales;
- la garantía jurisdiccional de la Constitución;
- la fuerza vinculante de la Constitución —que no es un conjunto de normas “programáticas”, sino “preceptivas”—;
- la “sobreinterpretación” de la Constitución —se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos—;
- la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares, y
- la interpretación adecuada de las leyes.

Volviendo al tema principal de este ensayo, podemos entonces afirmar que se da una conexión necesaria entre el modelo de Estado constitucional de derecho y las dos dimensiones de la democracia de las que hemos hablado más arriba, la procedimental y la sustancial.¹⁶ En efecto, el Estado constitucional de derecho formula reglas:

- a) sobre quién decide en asuntos colectivos y sobre cómo se decide;
- b) sobre qué se decide.

Estas reglas corresponden a los dos principales sentidos de “democracia”: como procedimiento y como isonomía. Las reglas

- a) establecen el sufragio universal, el principio de mayoría, la elección de los órganos, etc. Las reglas
- b) establecen las garantías —primarias y secundarias— de los derechos fundamentales, qué se debe y qué no se debe decidir: es decir, la prohibición de limitar o suprimir los derechos liberales y culturales negativos, y la obligación de realizar los derechos sociales y culturales positivos.

Podríamos en resumen afirmar que en este modelo, no se da democracia sustancial sin garantía de los derechos fundamentales, es decir, sin superioridad de la Constitución sobre

¹⁶ Cfr. Salazar Ugarte, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, IJ-UNAM-FCE, 2006.

la ley y sin control de constitucionalidad de la ley. Y tampoco puede darse democracia procedimental sin garantía, al menos, de los derechos fundamentales de participación política.

4. CRÍTICAS AL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Los partidarios de la democracia procedimental pura, en contra del modelo de Estado constitucional de derecho y de las definiciones mixtas de democracia —que unen elementos procedimentales y sustanciales—, afirman que la regla de mayoría es contradictoria con la superioridad de la Constitución y con el control de constitucionalidad. Y que por tanto, no es plausible la idea misma sobre la que se basa el modelo de Estado constitucional de derecho, es decir, la idea según la cual es posible mantener juntas de manera armónica la regla de mayoría *qua* instrumento para tomar decisiones colectivas, y una garantía de los derechos fundamentales a través de su incorporación a una Constitución rígida, protegida por el control judicial sobre la legitimidad constitucional de las leyes.

La regla de mayoría sería contradictoria con la superioridad de la Constitución, ya que si hay procedimientos más difíciles para cambiar la Constitución —frente a los que se siguen para cambiar la ley—, esto quiere decir que una minoría puede rechazar un cambio constitucional querido por la mayoría.

La regla de mayoría sería contradictoria con el control de constitucionalidad de las leyes, ya que esto equivale a dejar la última palabra sobre lo que la mayoría puede o no decidir a una pequeñísima minoría —por ejemplo a los jueces constitucionales—. La democracia mixta —es decir, la que pone límites sustanciales a los procedimientos democráticos— violaría el principio de igualdad, es decir, el derecho de igual participación política de los ciudadanos.

Los argumentos de Waldron,¹⁷ uno de los principales fautores de esta postura, son fundamentalmente dos:

- a) Las reglas últimas para tomar decisiones colectivas son todas procedimentales y son todas falibles. Los partidarios de las definiciones mixtas de democracia se equivocan en pensar que puedan darse restricciones sustanciales a la toma de decisiones colectivas: todas las restricciones son procedimentales y los procedimientos pueden dar cualquier resultado en la fase constituyente como en la fase constituida.
- b) Todos los procedimientos tienen valor intrínseco según *cómo* se decide e instrumental según *qué* se decide —es decir, según los resultados de la decisión—. La regla de mayoría tiene mayor valor intrínseco de las demás reglas ya que respeta la igualdad, y por tanto, el valor supremo de la autonomía individual. Y para Waldron, no hay que tener en cuenta el valor instrumental ya que todos los procedimientos son falibles, es decir, pueden dar resultados “equivocados”.

Una versión más débil de la tesis b) es presentada por Bayón.¹⁸ No todos los procedimientos, según Bayón, tienen el mismo valor instrumental, ya que no todos son igualmente falibles. Hay que balancear, caso por caso, el mayor valor intrínseco de la regla de mayoría con su posible menor valor instrumental. Hay que dejar la última palabra al legislador —constitucionalismo débil—, aun si a veces pueden darse condiciones en las que serían legítimos la superioridad de la Constitución y el control de constitucionalidad. Siempre hay que mantener una concepción “cerrada” de la regla de mayoría: no se puede decidir por mayoría, no decidir más por mayoría. Los derechos fundamentales de igual participación política son, por tanto, indisponibles por el legislador.

¹⁷ Cfr. sobre todo Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, en especial la parte III, “Rights and Judicial Review”; *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999. Véase también Corso, L., *Potere giudiziario e sovranità popolare*, Turín, Giappichelli, 2008, pp. 79 y ss.

¹⁸ Cfr. Bayón, J. C., “Derechos, democracia y Constitución”, en *Discusiones*, núm. 1, 2000, pp. 65-94.

5. RESPUESTA A LAS CRÍTICAS:
EL CONTRACTUALISMO

Una de las posibles respuestas a estas críticas, consiste en justificar la imposición de límites sustanciales a la regla de mayoría recurriendo a la ideología contractualista, y pasando por tanto, de un enfoque jurídico-normativo a un enfoque filosófico-político-normativo. De esta forma, se intentará también justificar la superioridad axiológica de la democracia mixta sobre la democracia puramente procedimental.

Antes de presentar esta respuesta, en el apartado que sigue voy a delinear rápidamente unas relaciones conceptuales que unen contractualismo y democracia.

5.1. Bobbio ha afirmado que no hay conexión necesaria entre el contractualismo moderno y la democracia: hay contractualistas que no son demócratas —por ejemplo Hobbes— y demócratas que no son contractualistas. Hay, sin embargo, una considerable coincidencia entre democracia y contractualismo, no solo en el sentido que muchos demócratas son contractualistas y muchos contractualistas son demócratas, sino en el sentido que el contractualismo moderno representa “uno de los momentos decisivos para la fundación de la teoría moderna de la democracia”.¹⁹

Algo parecido podría decirse respecto al contractualismo “ortodoxo” de John Rawls y al contractualismo libertario de Robert Nozick. Más aún: desde una perspectiva contractualista, hay una conexión necesaria entre contractualismo y democracia liberal. No se trata tanto de una conexión que podríamos definir de tipo “sociológico”: solo en las democracias liberales se desarrolla el contractualismo; la democracia liberal constituye el objeto privilegiado de las evaluaciones, críticas y propuestas de reforma llevadas a cabo por el contractualismo. Se trata, sobre todo, de una menos trivial conexión conceptual, desde un punto de vista ético-político, que se podría expresar con dos proposiciones:

¹⁹ Bobbio, N., voz *Democrazia*, en *Dizionario di Politica*, dir. por N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, UTET, 2ª ed., Turín, 1983, pp. 308-18, en la p. 311.

- (a) “Solo el contrato social justifica la democracia”.
- (b) “Solo la democracia —entre las distintas formas de gobierno— está justificada por el contrato social”.

Estoy consciente de la ambigüedad de estas proposiciones, que depende esencialmente de los distintos sentidos que los contractualistas —solo me ocuparé aquí de Rawls y Nozick— atribuyen a “democracia” y “contrato”. En dependencia de estos distintos sentidos, como veremos, resultan distintas las ideas que Rawls y Nozick tienen de la conexión ético-política entre democracia —*i.e.*, su respectiva concepción de la democracia— y contractualismo —*i.e.*, su respectiva doctrina neocontractualista—.

Para Rawls²⁰ (a) significa que la democracia no es justificada por sí misma, sino en la medida en que constituye una implementación de los principios de la justicia. Significa en otras palabras, que solo el contrato social —en la forma en que lo entiende Rawls: como acuerdo racional e imparcial, como deliberación que deriva de lo que hay esencialmente en común en la naturaleza de los hombres— justifica la democracia. En este sentido, para Rawls la democracia es más un gobierno para el pueblo que del pueblo.

Para Rawls (b) significa que solo la democracia —constitucional— es la forma de gobierno en la que pueden encontrar implementación sus dos principios de la justicia. La democracia —constitucional— es: en acuerdo con el primer principio si incorpora en la Constitución la garantía de las libertades fundamentales; y es el procedimiento mejor —se trata de un caso de justicia procedimental imperfecta— para garantizar una legislación justa y una correcta aplicación de la ley por parte de jueces y funcionarios. La implementación de los principios de la justicia se lleva a cabo en un proceso en cuatro etapas, que corresponden en efecto a las principales instituciones de una democracia constitucional.

Para Nozick²¹ (a) significa que solo los contratos —es decir, los acuerdos entre libres voluntades individuales— pueden dar vida a un gobierno legítimo, y por tanto, a la democracia también.

²⁰ Cfr. Rawls, J., *Teoría de la justicia* (1971), 2ª ed., México, FCE, 1995.

²¹ Cfr. Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía* (1974), México, FCE, 1988.

Para Nozick (b) significa que solo la democracia, si se la concibe correctamente, es justificada por los contratos. Nozick usa “democracia” para designar: respecto a su institución, más un gobierno del pueblo que para el pueblo; respecto a su funcionamiento, un gobierno que realice la “isonomía”, es decir, la igualdad de todos frente a la ley, lo que es equivalente en una perspectiva libertaria, a la no violación de los derechos individuales de nadie.

De lo dicho, resulta que diferente es el sentido en que Rawls y Nozick hablan de “contrato”: racionalístico el primero; voluntarístico el segundo.

Algún diferente matiz también se puede encontrar en los sentidos en que ellos hablan de “democracia”.

Para Rawls, la democracia es conjuntamente procedimental y sustancial. En sentido procedimental, la democracia consiste en la igual participación política que solo puede ser limitada en aras de una ampliación del sistema total de las iguales libertades. En sentido sustancial, la democracia no es tan solo la igualdad frente a la ley, sino también la igualdad en la distribución de los bienes sociales primarios —libertades y oportunidades, riqueza y renta, y bases institucionales del respeto de uno mismo—.

Para Nozick, la democracia es procedimental y consiste en la igual participación política, pero está radicalmente limitada por el derecho de veto que cada cual conserva en contra de todas deliberaciones que lesionen sus derechos. Una desigualdad en el trato o en la participación política solo puede ser instituida a través del consenso explícito de los individuos interesados.

Conectada con la diferente manera de entender la democracia, está la diferente manera de entender y evaluar las libertades políticas en su relación con las libertades civiles.

Para Rawls las libertades políticas, aun si tienen valor intrínseco, son sobre todo instrumentales respecto a las civiles y son subordinadas a aquellas desde un punto de vista axiológico. Una restricción en las libertades políticas, si está compensada por un aumento en las libertades civiles, sería aceptable: por ejemplo, se pueden introducir limitaciones a la regla de mayoría en aras de una mejor garantía de las libertades civiles. Rawls, además,

subraya el valor de la libertad política, es decir su posibilidad de ejercicio efectivo, que puede ser asegurado por la financiación de los partidos, la redistribución de la renta, etcétera.

Para Nozick, las libertades políticas son instrumentalmente importantes respecto al nacimiento de un Estado legítimo, pero sucesivamente carecen de relevancia práctica ya que casi no queda nada que decidir colectivamente: los derechos individuales y las normas que los garantizan, limitan radicalmente el espacio de acción de la política.

Los contractualismos de Rawls y Nozick, como es bien sabido, tienen signos políticos muy diferentes cuando se usan para evaluar las democracias reales. Lo de Rawls se presenta como una apología de las democracias constitucionales que actúan políticas redistributivas de la renta y de las oportunidades. Lo de Nozick representa en cambio una crítica feroz del modelo del *welfare state*. Una democracia *welfarista*, según Nozick, viola necesariamente los derechos individuales y hace que los hombres lleguen a ser esclavos del Estado o de otros hombres.²²

En mi opinión, sin embargo, hay un rasgo común en la estructura profunda de las dos doctrinas, más allá de sus diferentes conclusiones operativas. Se trata de la común insistencia sobre el respeto de las reglas fundamentales del juego social como elemento permanente en la alternancia de mayorías y minorías en el cambio de las situaciones económicas, de los paradigmas culturales, de las agrupaciones sociales.

El acuerdo sobre las reglas —morales y políticas— del juego social y su respeto por parte de todos, es considerado por Rawls y Nozick como la garantía profunda y no aleatoria, de las libertades de cada cual. Como garantía, por ejemplo, de que las reglas constitucionales que aseguran las libertades y el respeto por las minorías, no sean derrotadas por una mayoría contingente. El contrato social, en otras palabras, garantiza que la democracia como procedimiento de toma de decisiones colectivas no destruya la democracia como isonomía, como igual distribución de los derechos fundamentales.

²² Cfr. Nozick, R., *op. cit.*, pp. 280-81.

5.2. La estrategia más interesante para responder a las críticas de Waldron y Bayón no es, a mi parecer, la que hace hincapié sobre el mayor valor instrumental de los procedimientos de un Estado constitucional de derecho frente a la simple regla de mayoría. Aún así, estoy personalmente convencido de que un análisis del funcionamiento de los sistemas políticos contemporáneos podría confirmar esa superioridad instrumental.

Prefiero hacer hincapié sobre el valor intrínseco de la regla de mayoría y poner en tela de juicio la afirmación que es superior a los procedimientos del Estado constitucional de derecho. Desde esta perspectiva, se podría tener en cuenta también que los procedimientos democráticos *reales* de toma de decisiones públicas a menudo no respetan, e incluso no pueden respetar —según el teorema de Arrow— la voluntad de la mayoría de los decisores, y entonces el valor de la igualdad en la participación política. Pero hay que comparar coherentemente el valor intrínseco de la democracia procedimental pura y de los procedimientos del Estado constitucional de derecho, o bien en la realidad, o bien en el interior de un modelo normativo, asumiendo en este último caso un punto de vista filosófico-político. Dejo de lado, por tanto, los argumentos que se basan sobre datos empíricos para concentrarme solo en los argumentos éticos.

Waldron y Bayón afirman que la regla de mayoría tiene un valor intrínseco superior a cualquier otro procedimiento de toma de decisiones públicas, y basan su afirmación sobre el valor último de la —igual— autonomía de los individuos.

Ferrajoli, entre otros, rechaza esta justificación afirmando que hay otros valores, otros intereses igualmente o incluso más valiosos que la autonomía: la vida, la seguridad y la libertad, por ejemplo.²³ Y no se ve por qué garantizar solo la autonomía, es decir, los derechos de participación política, y no el derecho a la vida, a la libertad, etc., de los individuos.

Hay sin embargo, otra estrategia para contestar a la postura de Waldron y Bayón, aun aceptando su tesis de que la autonomía es el valor último que justificaría la regla de mayoría.

²³ Cfr. Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 355.

Si estamos como estamos, en un nivel de discurso normativo de tipo filosófico-político, la autonomía según su etimología quiere decir “dar normas a sí mismo”, y se contrapone a la heteronomía, que es “recibir normas de parte de otros”. Ahora bien, es verdad que la regla de mayoría es superior a cualquier “regla de minoría” en el sentido que respeta más la igualdad de seres autónomos, pero no me parece verdad que la regla de mayoría sea siempre la regla intrínsecamente superior respecto a todas las demás reglas para tomar decisiones colectivas. Esto depende del contexto en que las reglas actúan.

Si se trata de un contexto en que ya se ha decidido vivir en sociedad, o sea, tomar decisiones colectivas que vinculan a todos, parece correcto afirmar que la regla de mayoría es superior intrínsecamente a cualquier otra regla.

Pero si se trata de un contexto donde justamente lo que hay que decidir es si vivir en sociedad, si tomar o no decisiones colectivas que vinculan a todos, entonces la unanimidad es intrínsecamente superior a la regla de mayoría ya que no viola —como lo hace la regla de mayoría— la autonomía de ninguno. Y si, lo repito, estamos en un nivel de discurso normativo de tipo filosófico-político, este último es el contexto: tenemos que contestar a la objeción del anarquista —según el cual cualquier *kratos*, cualquier poder es ilegítimo porque viola la autonomía—, o bien solucionar el problema de Rousseau —encontrar una forma de gobierno en la que todos, obedeciendo solo a sí mismos, obedezcan también a las leyes del Estado—.

Personalmente creo que la objeción del anarquista no es refutable —a nadie cuando nace, se le da la opción de pactar las reglas de la vida en común; cualquier poder heterónimo tiene un grado de ilegitimidad, aun si no todos los poderes son igualmente ilegítimos—, y que por tanto, el problema de Rousseau no se pueda solucionar de manera completa —siempre en la sociedad, se obedece a otros y no solo a sí mismos—.

Pero si no todos los poderes son igualmente ilegítimos, deberíamos preferir los menos ilegítimos. En una situación ideal, contrafáctica, en la que seres racionales tuvieran que elegir a qué tipo de poder someterse, el contractualismo afirma que el mal menor sería elegir una democracia procedimental con límites

sustanciales, es decir, un procedimiento distinto de la simple regla de mayoría. Confiar en la sola democracia procedimental sería peligroso para los intereses o los derechos fundamentales de cada individuo. La decisión racional sería de sustraer al dominio de la mayoría los intereses o los derechos fundamentales y dejar a la decisión de la mayoría todos los demás asuntos. La unanimidad racional en los asuntos fundamentales sería un procedimiento intrínsecamente superior a la regla de mayoría, ya que no violaría en absoluto el valor de la autonomía.

6. CONCLUSIÓN

Dos palabras sobre los problemas de implementación de los derechos fundamentales y de la democracia mixta, desde un punto de vista político, hoy en día.

En el modelo normativo de Estado constitucional de derecho, que adopta la definición mixta de democracia, el crecimiento de la democracia *necesariamente* implica una mayor implementación de los derechos fundamentales, así como una mayor garantía de los derechos fundamentales *necesariamente* implica una ampliación de la democracia.

¿También es así en la realidad contemporánea, desde un enfoque de ciencia o sociología política? Parece ser que sí, aun si *contingentemente*: el desarrollo de las garantías, también internacionales de los derechos fundamentales, favorecen el desarrollo de las democracias, así como el desarrollo de las democracias favorece la garantía de los derechos fundamentales.

Recuérdense las palabras de Bobbio: el problema político más relevante hoy en día no es encontrar el fundamento de los derechos fundamentales, sino garantizarlos. Y el problema de la democracia, podríamos añadir, no es justificarla, sino fortalecerla y ampliarla.

Respecto a los derechos fundamentales y a la democracia la situación de su desarrollo, como todos saben, es muy diferente en el Occidente industrializado y en el tercer mundo.

A grandes rasgos se puede decir lo siguiente. En el Occidente industrializado se garantizan bastante los derechos de libertad y formalmente los derechos de participación política, pero no su *valor* igual: las democracias occidentales son más parecidas a sistemas oligárquicos que a democracias procedimentales. Los derechos sociales reconocidos en el nivel constitucional, no tienen en muchos casos garantías primarias ni secundarias. En el tercer mundo la situación es por supuesto todavía peor: hay Estados sin garantías primarias y/o secundarias de los derechos de libertad; hay Estados donde no son realizados tampoco formalmente los derechos de participación política, es decir, donde no rige la democracia procedimental; en la casi totalidad de los Estados no están garantizados los derechos sociales.

Además de todo esto hay un pesado déficit de democracia —procedimental y sustancial— en el nivel internacional: la “sociedad” internacional no es democrática. Y sobre este nivel se está apuntando de nuevo la atención de la filosofía política y de los juristas: después de Kant, y en la primera mitad del siglo XIX, de Kelsen, autores como Habermas, Rawls y Höffe han trabajado en la construcción de un modelo teórico-normativo de república federal mundial —ya que la ONU, además de todo, no es una organización completamente democrática desde un punto de vista procedimental—.

Estas propuestas parecen brindar un respaldo filosófico a los requerimientos de la parte más razonable de los movimientos *new-global* activos en varias partes del mundo: en un eslogan, lo que se pide desde un punto de vista político-normativo es que la globalización de los mercados, que ya existe y es probablemente inevitable, sea acompañada por la difusión global del Estado constitucional de derecho, un objetivo que está todavía lejos de ser realizado.

V. Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos fundamentales y de su compatibilidad se puede enfocar en diferentes niveles de análisis. Siguiendo una sugerencia de Luigi Ferrajoli,¹ yo diría que hay al menos cuatro niveles en los que se puede examinar este tema.

- Un nivel *histórico-sociológico* donde se analizan, por un lado, las distintas generaciones de los derechos fundamentales y su desarrollo histórico, y por el otro, cuáles son los derechos de hecho vigentes en las sociedades actuales y cuál es la eficacia de sus garantías.
- Un segundo nivel *dogmático*, que quizás es más conocido entre los operadores prácticos del derecho, que estudia en un ordenamiento jurídico específico las reglas que confieren derechos fundamentales, cómo se interpretan y qué tipo de conflictos pueden darse entre estos derechos fundamentales.
- Un tercer nivel *filosófico-político*, en que se trata sobre todo de justificar desde un punto de vista moral o político los derechos fundamentales; nivel en que se discute, por ejemplo, si hay una adecuación de la realidad jurídica a un

¹ Cfr. Ferrajoli, L., “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Ferrajoli L. *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. por A. de Cabo y G. Pissarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 289-291.

modelo filosófico propuesto, o en que se discute críticamente sobre las instituciones jurídicas existentes.

- Y al final, un nivel *teórico* en el cual se discute el concepto de derechos fundamentales, su tipología y estructura, y se construyen modelos explicativos de la realidad jurídica.

El nivel teórico tiene una primacía lógica sobre los demás niveles, ya que antes de analizar de cualquier forma el tema, se debe individualizar el objeto de análisis —¿qué son los derechos fundamentales?— y esta es sin lugar a dudas una tarea teórica.

Entonces, a la pregunta: ¿Hay compatibilidad o incompatibilidad entre los derechos fundamentales?, se pueden dar respuestas distintas y no necesariamente incompatibles entre sí, según el nivel de análisis que se elija, según la definición que se maneje de derechos fundamentales y también según lo que se entienda por (in)compatibilidad.²

Yo limitaré mi discurso solo al nivel teórico, con fugaces referencias a los demás niveles.

Entre las diferentes posturas teóricas que se enfrentan en el debate contemporáneo solo daré cuenta de dos. Esta elección se explica por la simple razón de que una de ellas tiene como uno de sus representantes más destacados a Luigi Ferrajoli, cuyas tesis quiero discutir aquí, y porque la otra ha sido desarrollada conectándose con el realismo jurídico escandinavo y norteamericano justo en mi Universidad, por la escuela de Tarello a la que pertenezco. Por eso, quizás no voy a ser completamente imparcial en la presentación crítica de las dos posturas.

² Da manera muy tentativa, diría que en un nivel teórico hay incompatibilidad entre normas (generalmente principios) que confieren derechos fundamentales cuando los dos derechos no pueden ser satisfechos contemporáneamente (en abstracto o en concreto). En un nivel filosófico-político hay incompatibilidad absoluta entre derechos fundamentales si no se puede brindar una justificación coherente de ambos en el interior de un mismo sistema filosófico-político normativo; hay en cambio incompatibilidad relativa si, en una situación concreta, ambos derechos no pueden ser satisfechos contemporáneamente.

2. NIVEL TEÓRICO

2.1. Teorías del derecho

Voy a caracterizar primero de manera muy esquemática las dos alternativas teóricas, ya que, lo repito, en mi opinión la respuesta a la pregunta sobre la (in)compatibilidad entre derechos fundamentales depende en buena medida de la opción por una u otra teoría.

La primera alternativa consiste en una teoría reconstructiva, crítica o normativa en sentido metodológico: la tarea del teórico del derecho consiste en estipular un aparato conceptual³ sobre la base de explícitas pautas metodológicas, y luego en construir modelos con pretensiones explicativas de la realidad —estos modelos, sin embargo, pueden también tener usos normativos para criticar la realidad y servir de ideales regulativos—. Este tipo de teorías pueden incluso definirse —siguiendo a Bobbio— como “metajurisprudencias”⁴ prescriptivas, en el doble sentido de que:

- a) “prescriben” a la dogmática jurídica de describir el derecho y le prohíben —cuando ella participa en la construcción del derecho— hacerlo ocultamente, sobre la base de opciones valorativas escondidas, y
- b) “corrigen” el lenguaje del legislador y de la dogmática, haciendo terapia lingüística y conceptual en un nivel metalingüístico.⁵

³ Cfr. Jori, M., *Ferrajoli sobre los derechos*, en Ferrajoli L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 118.

⁴ La expresión “metajurisprudencia” es usada por Bobbio para designar cualquier teoría que verse sobre las actividades desarrolladas —o que deberían ser desarrolladas— por la dogmática jurídica.

⁵ La filosofía analítica del lenguaje distingue entre dos posibles objetos de discurso: uno extralingüístico y otro lingüístico. Los objetos extralingüísticos del discurso son hechos, eventos, estados de cosas, etc., y los objetos lingüísticos del discurso son palabras, locuciones, enunciados, etc. No se trata de una distinción con carácter concluyente ni mucho menos de una duplicación del mundo: también los objetos lingüísticos son reducibles a hechos o eventos. No obstante, con el fin de realizar un análisis del lenguaje, parece oportuno introducir esta distinción para dar cuenta de los distintos niveles lógico-semánticos en los que se coloca el discurso. Una cosa es

Los criterios para evaluar —también comparativamente— este primer tipo de teorías, en las que incluyo también la de Ferrajoli, son fundamentalmente dos: el de la coherencia interna y el de la potencia explicativa —alcance y capacidad de dar cuenta de los elementos relevantes de la realidad—.

La segunda alternativa teórica consiste en una teoría descriptiva que se sitúa en un mayor nivel de abstracción respecto a la primera alternativa. La tarea del teórico del derecho consiste en dar cuenta de la realidad jurídica concebida como fenómeno eminentemente lingüístico: de los discursos del legislador, de los jueces, de los operadores prácticos del derecho, de la misma dogmática. También —siguiendo a Bobbio—, podría definirse este tipo de teorías como metajurisprudencias descriptivas que explican y analizan las operaciones predominantemente prácticas, normativas, de los distintos actores del juego jurídico.

Ambas posturas teóricas —la normativa y la descriptiva— tienen necesariamente un aparato conceptual que les sirve como herramienta para desarrollar sus actividades de investigación —por ejemplo, un concepto de derechos fundamentales—: pero la primera —la teoría normativa— lo estipula explícitamente, la segunda lo recoge sobre todo de la práctica de los juristas y de los órganos, tomando como punto de partida un inventario de los usos lingüísticos. Piénsese, por ejemplo, en la diferencia entre la definición explícitamente estipulativa que Ferrajoli ofrece de derechos fundamentales, y una definición léxica —típica del segundo enfoque—, que hace un inventario de los sentidos en que hoy se habla de derechos fundamentales en un sistema jurídico determinado.

hablar de la casa y decir que tiene cuatro habitaciones; y otra cosa es hablar de “casa” y decir que tiene cuatro letras. En el primer caso, el discurso versa sobre una entidad física y se coloca en el primer nivel del lenguaje. En el segundo caso, nuestro discurso versa sobre una palabra —y esto en el lenguaje escrito, se señala habitualmente poniendo la palabra entre comillas— colocándose en un segundo nivel del lenguaje. Los discursos que versan sobre otros discursos —o sobre otras entidades lingüísticas— son llamados metadiscursos, es decir, se colocan en un nivel *metalingüístico*. Los discursos —o las otras entidades lingüísticas— acerca de los cuales se habla son llamados discursos-objeto.

En el debate que opone a los partidarios de los dos tipos de teorías, los primeros —digamos Ferrajoli— afirman que los segundos no hacen teoría, sino sociología del derecho. Mientras que los segundos —digamos los Genoveses— acusan a los primeros de no hacer teoría, sino filosofía política normativa: es decir que la teorías del primer tipo serían normativas no solo en sentido metodológico, sino más bien ideológico.

Tomando ahora distancia de este debate, quizás se podrían captar las diferencias entre los dos enfoques como una cuestión de grado y no cualitativa.

Usando una analogía, se podría decir que los partidarios de las teorías normativas se parecen a los gramáticos, y los partidarios de las teorías descriptivas se parecen a los compiladores de diccionarios. Gramáticas y diccionarios son metalenguajes que hablan de un mismo lenguaje objeto, una lengua natural —el español, el italiano, el francés—. Las gramáticas son directamente normativas —prescriben reglas de usos correctos del lenguaje—, mientras que los diccionarios son directamente descriptivos —brindan informaciones sobre los usos corrientes del lenguaje—. Pero las gramáticas, indirectamente, reflejan también los usos lingüísticos correctos y son por tanto también descriptivas; y los diccionarios eligen solo algunos de los sentidos en que se usan las palabras de una lengua y son por tanto también normativos.

Paralelamente se podría decir que las teorías del primer tipo, las normativas, son también indirectamente descriptivas, ya que los conceptos y los modelos que construyen pretenden dar cuenta de los elementos relevantes de la realidad jurídica; y que las teorías del segundo tipo, las teorías descriptivas, son también indirectamente normativas, ya que necesariamente seleccionan solo algunos usos lingüísticos y eligen, con el criterio de la relevancia, solo algunos elementos de la realidad jurídica.

2.2. (In)compatibilidad entre derechos fundamentales

Sea cual sea el enfoque elegido, en un nivel teórico, dada una definición de derecho subjetivo y de derechos fundamentales —de-

finición brindada por las respectivas teorías—, se plantea el problema de la (in)compatibilidad entre derechos fundamentales: mejor dicho, entre normas, a menudo principios, que confieren derechos fundamentales.

Cabe observar de paso, que aquí solo me planteo explícitamente el problema de los conflictos entre derechos fundamentales, y no el de los conflictos entre, por un lado, normas que confieren derechos fundamentales, y por el otro, normas que adscriben obligaciones o prohibiciones (no me ocupo, por ejemplo, del conflicto entre la libertad de expresión y la prohibición de expresar determinadas ideas, aún si por supuesto, estos conflictos podrían también ser reconstruidos —eventualmente— como antinomias entre derechos: la libertad de expresión y el derecho-poder de limitarla por parte de un órgano del Estado).

Ahora bien, me parece que un rasgo común de varias teorías normativas —y entre ellas la teoría de Ferrajoli— es la afirmación de que no se dan en abstracto conflictos entre derechos fundamentales —o que si estos conflictos se dan, no son muy “graves”—, y/o que, si se dan en la fase de la aplicación de los derechos fundamentales en situaciones concretas pueden ser resueltos racionalmente —o sea que la solución de conflictos cumple con criterios de racionalidad que permiten además prever *ex ante* cuál derecho va a prevalecer, o al menos cuál debería prevalecer en un conflicto entre derechos fundamentales—.

En cambio, las teorías descriptivas generalmente afirman que de hecho puede darse incompatibilidad entre los derechos fundamentales y que no es generalmente posible prever *ex ante* cuál derecho va a prevalecer en una situación concreta de conflicto, por falta de un criterio único o correcto de resolución de los conflictos.

Para dar cuenta de estas distintas respuestas a la cuestión sobre la compatibilidad o no entre derechos fundamentales, me parece oportuno desarrollar mi análisis en dos distintos niveles, que llamaré (in)compatibilidad “en abstracto” y “en concreto”. En efecto, la incompatibilidad o la compatibilidad pueden ser configuradas o bien en la fase de interpretación en abstracto de las formulaciones que confieren derechos fundamentales —en la que se prescinde de cualquier supuesto de hecho concreto—, o

bien en la fase de interpretación en concreto de dichas formulaciones, es decir, en la fase de su aplicación a un caso.

2.3. (In)compatibilidad en abstracto

Las teorías descriptivas que afirman la posibilidad de conflictos en abstracto entre derechos fundamentales, proceden generalmente así. Primero reconstruyen a partir de un análisis de los usos lingüísticos de los juristas, una noción de derecho subjetivo, clase a la que pertenece el subconjunto de los derechos fundamentales. Es decir, identifican generalmente estructura y tipología de los derechos subjetivos y después de los derechos fundamentales. Como los derechos subjetivos son de distintos tipos, esto permite individualizar en el plano abstracto los conflictos potenciales entre las normas que los confieren. Y permite averiguar después, haciendo referencia a un sistema jurídico específico y basándose en el aparato conceptual previamente elaborado, las eventuales incompatibilidades que se den en abstracto entre los derechos que son considerados fundamentales en ese sistema jurídico.

Por ejemplo, una teoría del derecho descriptiva puede utilizar, quizás reformulándolo, un análisis estándar de derecho subjetivo, como es el clásico análisis de Wesley N. Hohfeld.

Como es conocido, según Hohfeld, la pluralidad de palabras que los juristas usan sin mucho rigor para hacer referencia a posiciones jurídicas de ventaja, y correlativamente de desventaja, pueden ser reducidas sin gran pérdida de significado, a ocho conceptos o modalidades jurídicas fundamentales —cuatro modalidades activas y cuatro pasivas—, que Hohfeld agrupa en dos tablas: una de correlativos y otra de opuestos.

Genaro Carrió, en su “Nota preliminar” a la traducción española del artículo de 1913,⁶ que después constituirá el núcleo del

⁶ Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. por G. R. Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, de Hohfeld, W. N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning. I”, en *Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913, pp. 16-59.

libro de Hohfeld *Fundamental Legal Conceptions*,⁷ da un resumen muy bien hecho de la tabla de correlación y oposición de Hohfeld. Como no sabría decirlo mejor, voy a citar a Carrió:

En la tabla de los correlativos se destacan las cuatro modalidades activas —que suelen ser encubiertas por un uso indiscriminado de la palabra “derecho” (subjetivo)— y se las presenta en su relación con las cuatro modalidades pasivas correspondientes. Mientras que cada una de las modalidades activas identifica la situación de un sujeto A en su relación con un sujeto B, cada una de las modalidades pasivas identifica la situación que, en cada caso, tiene B frente a A. A la modalidad activa “derecho” (en sentido estricto), le corresponde como su complementaria, en cabeza de otro sujeto, la modalidad pasiva “deber”; a la modalidad activa “privilegio” le corresponde la modalidad pasiva “no-derecho”; a la modalidad activa “potestad” le corresponde la modalidad pasiva “sujeción”; y a la modalidad activa “inmunidad” le corresponde la modalidad pasiva “incompetencia”. Con otros términos: Si A tiene *derecho* a que B haga el acto X, B tiene el *deber* frente a A de hacer el acto X, etc.⁸

Los derechos subjetivos y los derechos que se definen como fundamentales en los sistemas jurídicos contemporáneos, pueden ser analizados usando este aparato conceptual. Así es fácil darse cuenta que muchos derechos, y varios derechos fundamentales, son figuras jurídicas complejas formadas por la unión de varias modalidades activas elementales. En palabras de Carrió: “Decir que A es propietario del objeto Z, importa afirmar que A tiene, frente a cada uno de los otros miembros de la comunidad, un cúmulo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades superpuestos, relativos al objeto Z”.⁹

Desarrollando libremente el análisis de Hohfeld y aplicándolo al problema de la (in)compatibilidad entre derechos fundamentales, una teoría del derecho descriptiva podría decir

⁷ Cfr. Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. por W. W. Cook, New Haven, Yale UP, 1923.

⁸ Carrió, G. R., “Nota preliminar”, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., pp. 13-14.

⁹ *Ibidem*, p. 15.

que hay incompatibilidad en abstracto entre dos normas que ambas confieren derechos fundamentales, si se dan dos condiciones:

1. si los supuestos de hecho a los que se aplican —o sea sus ámbitos de aplicabilidad— son total o parcialmente coincidentes, y
2. si la primera norma adscribe a una clase de sujetos una modalidad activa y la segunda adscribe a otra clase de sujetos, la modalidad activa opuesta a la que debería ser la modalidad correlativa de la modalidad adscripta por la primera.

Parece, dicho así, muy complicado. En realidad es muy sencillo. Tomamos la pretensión, por ejemplo, o sea el derecho subjetivo en sentido estricto. El correlato de la pretensión es el deber de otra persona. El opuesto del deber es el privilegio. Entonces hay incompatibilidad entre dos normas —con ámbitos de aplicabilidad total o parcialmente coincidentes— si una atribuye una pretensión a una clase de sujetos, y la otra atribuye a otra clase de sujetos un privilegio; o bien si una atribuye una potestad y la otra una inmunidad. Si una —pongamos— confiere el derecho a que nadie obstaculice la manifestación de las opiniones, y la otra confiere el privilegio al gobierno de censurar preventivamente la manifestación de opiniones a través de la prensa.

Cabe agregar, sin embargo, que la mayoría de las normas que confieren derechos fundamentales —normas que hoy a menudo se llaman principios— en nuestros sistemas jurídicos tienen un ámbito de aplicabilidad “abierto”, es decir, que sus condiciones de aplicabilidad son ausentes o bien ampliamente indeterminadas. Esto provoca a menudo que en el plano abstracto de la interpretación, es muy difícil —pero no imposible— que se presenten casos de incompatibilidad entre principios que confieren derechos fundamentales. Es más probable que casos de incompatibilidad se detecten —y se configuren por parte de los juristas— cuando, en la aplicación de las normas a un caso concreto, se “cierren” sus condiciones de aplicabilidad.

Pero queda claro que para una teoría descriptiva, los conflictos entre derechos fundamentales son posibles también en el plano abstracto —de la interpretación de un documento constitucional, por ejemplo—.

Diferente es la conclusión a la que llegan varias teorías normativas, y específicamente la teoría de Ferrajoli. En *Derecho y razón*¹⁰ y más aún en libros sucesivos —*Los fundamentos de los derechos fundamentales* y *Derechos y garantías*—,¹¹ él ha presentado una novedosa teoría de los derechos fundamentales que finalmente se ha insertado en un trabajo mucho más amplio, *Principia iuris*.¹² Esta teoría de los derechos fundamentales comprende una definición formal, una tipología y una fundamentación ética de los derechos fundamentales. Por supuesto, no voy a exponer ahora por completo esta teoría. Solo presentaré un pequeño resumen, suficiente para comprender cuál es la postura de Ferrajoli frente al problema de la (in)compatibilidad en abstracto entre derechos fundamentales. La definición formal de Ferrajoli de derechos fundamentales es la siguiente: “Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica”.¹³ Y agrega: “Los rasgos estructurales que, con base en esta definición distinguen a estos derechos de todos los demás, son tres, todos ellos independiente del contenido de las expectativas que tutelan: a) la forma universal [en el sentido lógico] de su imputación...; b) su estatuto de reglas generales y abstractas...; c) su carácter indisponible e inalienable”.¹⁴

Sobre la base de esta definición formal y estructural, Ferrajoli construye una doble tipología, que es también formal, de los derechos fundamentales: “una *subjetiva*, relativa a las clases de

¹⁰ Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2000.

¹¹ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2001.

¹² Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), Madrid, Trotta, 2011, vol. 2.

¹³ Ferrajoli, L., “Derechos fundamentales”, en Ferrajoli, L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales, cit.*, p. 19.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 291-292.

sujetos a los que se atribuyen tales derechos; la otra *objetiva*, relativa a los tipos de comportamiento que son el contenido de tales derechos”.¹⁵ Sin entrar en los detalles de esta doble tipología, cabe subrayar la distinción entre derechos fundamentales primarios y secundarios —que se refiere tanto a los sujetos como a sus contenidos—: los derechos primarios, respecto a su contenido, son los derechos de libertad y los derechos sociales; los derechos secundarios son en cambio los derechos de autonomía, privada y política. Cito: “Mientras los derechos primarios consisten, esencialmente, en expectativas sustanciales (de no lesión, en el caso de los negativos, o de prestación, en el caso de los positivos) y, por consiguiente, en los *beneficios* que se les aseguran a sus titulares, los derechos secundarios, sean civiles [es decir privados] o políticos, al ser ejercidos mediante actos que producen efectos jurídicos, son además *poderes* y como tales, se encuentran sometidos, *en el Estado de derecho* [cursiva mía], a límites y vínculos legales”.¹⁶

En mi opinión, aquí está la clave de la postura de Ferrajoli acerca de la compatibilidad entre derechos fundamentales, ya que es aquí que su teoría pasa desde una definición y una tipología puramente formales y estipulativas de los derechos fundamentales, a un plano que es a la vez explicativo y normativo: explicativo de una específica realidad jurídica, el Estado constitucional de derecho; y normativo en sentido no solo metodológico como era hasta aquí, sino también ético-político.

Ferrajoli construye un modelo que es explicativo y normativo a la vez, en el que instituye una clara jerarquía entre derechos fundamentales. Me permitan una larga cita muy esclarecedora de las ideas de Ferrajoli al respecto:

Es preciso distinguir tres niveles de figuras deónticas. En el nivel más bajo está la *libertad natural* o extrajurídica, que no es un derecho sino una situación de no-derecho. Es la libertad que consiste en poder hacer deónticamente todo lo que se puede hacer materialmente, incluso asesinar o robar o de algún modo dañar a los demás, y que, por lo tanto, está destinada a ser limitada (y dentro

¹⁵ *Ibidem*, pp. 292-293.

¹⁶ *Ibidem*, p. 298.

de tales límites, protegida), por un lado por las leyes, y por otro por los negocios jurídicos entre particulares. En un plano superior están los poderes —privados y públicos, vinculados, unos directa y otros indirectamente, a los *derechos de autonomía*, respectivamente civiles y políticos— cuyo ejercicio, a través de leyes y negocios jurídicos, limita siempre la libertad. Finalmente, en un plano superior a tales poderes se encuentran los *derechos de libertad*, sean de rango constitucional, lo que es necesario para que operen como límites frente al poder legislativo, sean de rango legislativo, lo que es suficiente para que sirvan como límite a los poderes contractuales. Las libertades negativas y positivas del primer tipo son limitadas de distintas maneras por el ejercicio de los derechos-poderes de autonomía: de manera aproximadamente igual por las leyes, de forma desigual por la contratación privada. Las libertades positivas del segundo tipo, es decir, los derechos de autonomía, dado que interfieren en las libertades del primer tipo, son, además poderes limitados en cuanto tales por el derecho. Finalmente, las libertades negativas del tercer tipo, o sea, los derechos de libertad, son precisamente los límites impuestos a los derechos-poderes de autonomía.¹⁷

La jerarquía instituida por Ferrajoli entre derechos fundamentales primarios y secundarios refleja —pero solo parcialmente— las jerarquías existentes en muchos sistemas jurídicos contemporáneos que constitucionalizaron a los derechos fundamentales; pero siendo explícitamente instrumental¹⁸ a la consecución de fines o valores ético-políticos —Ferrajoli menciona esencialmente cuatro de estos valores: la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil—, esta jerarquía está también en tensión crítica con la realidad jurídico-institucional de nuestros estados contemporáneos. En efecto, el modelo de Ferrajoli, en sus empleos normativos, constituye un ideal regulativo que sirve para criticar los sistemas jurídicos existentes si se alejan del modelo, y para determinar las metas que tales sistemas deberían alcanzar.

Sobre la base de esta reconstrucción de la teoría de Ferrajoli, es fácil entender su postura acerca de la compatibilidad entre derechos fundamentales.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 310-311.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 317 y 362.

Ferrajoli, criticando la tesis propuesta por las teorías descriptivas, es decir que los derechos fundamentales pueden colisionar en abstracto entre sí y entrar “en relación recíproca de suma cero”,¹⁹ admite que pueden darse conflictos entre derechos fundamentales, pero limita muchísimo el alcance de esta posibilidad. En efecto, para él solo pueden darse conflictos²⁰ entre algunos derechos de libertad —“que encuentran los límites impuestos por su convivencia con los derechos de libertad de los demás”—:²¹ se trata en particular de la libertad de expresión frente al derecho a la privacidad, de la libertad de asociación y del derecho de huelga frente a los demás derechos fundamentales.

Pero los conflictos política y socialmente más relevantes a los que apuntan las teorías descriptivas, en el interior de la teoría de Ferrajoli no se dan. No hay conflicto posible “para la mayor parte de los de derechos de libertad que consisten en inmunidades”,²² es decir, para la libertad de conciencia, la inmunidad frente a la tortura o a las penas arbitrarias, el derecho a la vida y a la integridad personal.

No hay conflictos entre los derechos sociales a prestaciones positivas y los otros derechos fundamentales. No lo hay con los derechos de libertad, ya que en el modelo de Ferrajoli los derechos sociales no encuentran límites en los derechos de libertad, “sino solo en los costes de su satisfacción, financiados con la recaudación fiscal, en perjuicio de los derechos patrimoniales”.²³ Ni hay conflicto entre los derechos sociales y en general los derechos primarios, y los derechos de autonomía privada —de intercambio e iniciativa económica— y política, ya que estos últimos son derechos-poderes. Afirma Ferrajoli: “Dado que los derechos de autonomía consisten en poderes jurídicos, su relación

¹⁹ Pintore, A., “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 350.

²⁰ Cfr. Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 351-352.

²¹ *Ibidem*, p. 353.

²² *Ibidem*, p. 351.

²³ *Ibidem*, p. 354.

con los otros derechos fundamentales no es configurable como «conflicto», sino más bien como sujeción a la ley”.²⁴ No hay, por último, conflictos entre derechos fundamentales en el caso de los así llamados “derechos culturales”, ya que estos últimos o son reducibles a derechos de libertad o a derechos sociales, o bien, no siendo atribuidos a individuos sino a colectividades, no son derechos fundamentales, según la definición misma de Ferrajoli.

Hasta aquí la reconstrucción —espero fiel— de la postura de Ferrajoli. Desde el punto de vista de una teoría descriptiva —hacia la cual van mis evidentes simpatías—, el planteamiento de Ferrajoli puede ser criticado siguiendo dos líneas argumentales, que me limito a esbozar brevemente.

La primera línea argumental apunta a la falta de coherencia interna del modelo —es una vieja polémica que tenemos con Luigi Ferrajoli—. Él es declaradamente divisionista, acepta, es decir, la gran división entre ser y deber ser pero construye un modelo teórico que tiene —contemporáneamente— las dos opuestas direcciones de ajuste: palabra a mundo, mundo a palabra. Es decir, exactamente lo que resulta inaceptable para un divisionista. El mismo modelo es —a la vez— normativo desde el punto de vista ético-político, y explicativo de la realidad. En mi opinión, Ferrajoli construye una teoría que quiere ser a la vez formal —fruto de estipulación—, explicativa —pretende dar cuenta de la realidad—, y además instrumental a la realización de finalidades ético-políticas. Sigo sin poder entender, a pesar de los argumentos de Ferrajoli, cómo esta teoría puede ser compatible con una postura divisionista, es decir, que acepta la división entre “ser” y “deber ser” y la así llamada “ley de Hume”.

La segunda línea argumental, conectada con la precedente, apunta a la falta de capacidad explicativa de la teoría de Ferrajoli. Es decir, si no tomamos su modelo como ideal regulativo, sino más bien como una herramienta para entender nuestra realidad jurídica y específicamente los problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales, la teoría de Ferrajoli resulta, en algunas

²⁴ *Ibidem*, p. 353.

de sus piezas, muy lejana de la manera en que los dogmáticos y los operadores prácticos del derecho configuran e interpretan las relaciones entre los derechos fundamentales —pienso sobre todo en la reconstrucción que Ferrajoli da de los derechos de autonomía privada y de las relaciones entre los derechos sociales y los demás derechos fundamentales—.

Si Ferrajoli contestara esta crítica —como suele hacer— subrayando el carácter formal, es decir estipulativo de sus tesis, diciendo entonces que no le importa dar cuenta de lo que piensan o construyen los dogmáticos o los juristas, en mi opinión, su tesis estaría *begging the question*: porque la cuestión es justamente, la capacidad de las estipulaciones de dar cuenta de la realidad. Si no, ¿por qué estipulamos?

En mi opinión, la razón de esta posición de Ferrajoli se encuentra en la relación de medios al fin que él instituye entre su teoría y la realización de algunas finalidades ético-políticas. Son estas finalidades y no las puramente explicativas, que me parece le importan en serio a Ferrajoli.

2.4. (In)compatibilidad en concreto

La última y mucho más breve parte de este ensayo, versa sobre la (in)compatibilidad en concreto entre derechos fundamentales.

Ninguna teoría del derecho, ni de corte descriptivo ni de corte normativo, niega que en la realidad de nuestros sistemas jurídicos puedan darse conflictos entre derechos fundamentales en la fase de su aplicación a casos concretos. Sería suficiente un simple vistazo a la jurisprudencia de cualquier Tribunal Constitucional para darse cuenta que algunos de los fallos más importantes se ocupan justamente de este tipo de conflictos. Aquí entonces, la oposición entre teorías descriptivas y teorías normativas se manifiesta sobre todo en la distinta apreciación que los dos tipos de teorías dan del procedimiento usado para resolver tales conflictos. Las teorías descriptivas, y en particular las que se conectan al realismo jurídico, subrayan el amplio margen de discrecionalidad del que gozan los jueces —ordinarios y/o constitucionales— al momento de solucionar un conflicto entre principios que adscri-

ben derechos fundamentales. Como estos principios presentan a menudo condiciones de aplicación fuertemente indeterminadas, el juez, antes de aplicar uno u otro principio de una forma que puede ser reconstruida como subsuntiva, pondera o balancea —según la terminología hoy en día muy de moda— los principios en cuestión, determinando cuál debe prevalecer en el caso concreto. Actuando así, el juez “cierra” las condiciones de aplicación —el ámbito de aplicabilidad— de los principios, pero solo para el caso que está juzgando. Ya que nada impide que en otro caso, aunque parecido al precedente, él u otro juez no “reabra”, quizás por el procedimiento que en el *Common Law* se llama de *distinguishing*, el balance entre los principios y lo resuelva de manera distinta o no haga jugar un principio adicional, revisando así las condiciones de aplicación de aquellos principios que confieren derechos fundamentales. Siendo así las cosas, resulta imposible, cuanto menos muy difícil, prever *ex ante* cuál será el resultado de la ponderación judicial en casos futuros.

Según las teorías descriptivas, por tanto, aun si puede satisfacer otros fines valiosos desde un punto de vista ético-político, la presencia en un sistema jurídico de principios que confieren derechos fundamentales, con condiciones de aplicaciones genéricas, disminuye la posibilidad de alcanzar el valor de la seguridad jurídica. Hay en cambio, teorías normativas que rechazan rotundamente esta conclusión. La más conocida es sin lugar a dudas la teoría de Dworkin, pero justamente por eso, porque es muy conocida, no me voy a detener sobre ella aquí. Presentaré en cambio, brevemente una propuesta de José Juan Moreso²⁵ y dos argumentos críticos en contra de esta propuesta.

Por razones de brevedad y para evitar demasiados tecnicismos, voy a simplificar drásticamente la argumentación de Moreso, que es muy sofisticada. Me limitaré a presentar la idea intuitiva que él desarrolla e intenta fundamentar.

Moreso centra su teoría acerca de la ponderación entre principios constitucionales que confieren derechos fundamen-

²⁵ Moreso, J. J., “Conflitti tra principi costituzionali”, en *Ragion pratica*, núm. 18, 2002, pp. 207-227.

tales sobre la distinción entre normas derrotables y normas inderrotables, y sobre la noción de revisión de una norma derrotable. El aparato lógico que usa Moreso ha sido elaborado por Carlos Alchourrón en sus últimos trabajos: la idea de Moreso es justamente aplicar este aparato lógico para dar cuenta de la ponderación judicial entre principios. La tesis de Moreso es que muchos principios constitucionales pueden ser concebidos como normas derrotables —es decir que pueden ser superadas, desplazadas por otros principios, pero no derogadas o anuladas, como le pasa en cambio, a una regla cuando entra en conflicto con otra regla y es superada por esta—. Los conflictos entre normas derrotables pueden ser resueltos, según Moreso, de una manera racional: es decir que la solución puede ser racionalmente fundamentada y controlada, y por eso también prevista. La solución del conflicto pasa a través de la revisión de las normas derrotables en conflicto, siendo esta revisión una operación sujeta a numerosos vínculos formales: en esto consistiría, según Moreso, la ponderación judicial. Como resultado de la revisión de los dos principios constitucionales en conflicto, tendremos dos nuevas normas que serán entre sí compatibles.

Las razones que parecen empujar a Moreso a configurar los principios fundamentales que confieren derechos fundamentales como normas derrotables, son de orden ético-político. Si concibiéramos —y aplicáramos— los principios constitucionales como normas inderrotables, se producirían en la fase de su aplicación conflictos prácticos insanables: en el sentido de que tendríamos dos principios constitucionales en conflicto, ninguno de los cuales puede ceder frente al otro. Sería, por tanto, un conflicto práctico sin solución. Mientras que si los concebimos como normas derrotables, esto permite una solución racional de los conflictos entre derechos fundamentales.

Si bien esta propuesta de Moreso acerca de la incompatibilidad en concreto entre derechos fundamentales me parece muy inteligente y bien argumentada; me parece que puede ser criticada simétricamente a la de Ferrajoli, por falta de coherencia interna y capacidad explicativa.

La primera crítica ha sido desarrollada de forma absolutamente brillante por Bruno Celano²⁶ y no puedo hacer otra cosa que brindar aquí un resumen de una pequeña parte de su argumentación.

Celano se hace una pregunta muy sencilla: ¿Los principios constitucionales revisados, es decir, las dos nuevas normas que son el resultado de la ponderación y que son entre sí compatibles, son normas derrotables o inderrotables?

Si la respuesta de Moreso es que son normas a su vez derrotables, el criterio de ponderación racional brindado por Moreso no tiene ninguna utilidad, ni teórica ni práctica, ya que se limita a postergar al infinito el problema del conflicto entre derechos. En un nuevo caso siempre quedaría abierta la posibilidad de efectuar otra ponderación entre las dos nuevas normas derrotables y el resultado de la ponderación podrían ser dos nuevas normas, a su vez derrotables y así hacia adelante.

Si la respuesta de Moreso —y esta es seguro la respuesta de Moreso— es que los principios constitucionales revisados son normas inderrotables, el criterio propuesto tendría, en cambio, utilidad teórica y práctica, ya que permitiría una revisión estable de los principios en conflicto, generando dos principios entre sí compatibles.

Pero según Celano —y yo estoy de acuerdo con él—, Moreso no ofrece ningún argumento para sostener esta segunda solución. Si hay, se pregunta Celano, razones ético-políticas para considerar derrotables dos principios constitucionales en conflicto, ¿por qué estas mismas razones no deberían ser tomadas en cuenta en el caso de conflictos entre principios constitucionales revisados? ¿Por qué estas razones juegan un papel en la primera revisión y no deberían jugarlo más en las siguientes?

La segunda crítica a Moreso es más bien externa a su propuesta teórica y no interna como la de Celano, que acepta los pre-

²⁶ Celano, B., “«Defeasibility» e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, en *Ragion pratica*, núm. 18, 2002, pp. 229-45. Véase la respuesta de Moreso a estas críticas: *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, en “*Ragion pratica*”, núm. 18, 2002, pp. 247-54.

supuestos del planteamiento de Moreso. Retomo aquí la crítica que hace rato hice a Ferrajoli. La teoría de Moreso carece de capacidad explicativa de la realidad de nuestros sistemas jurídicos: no nos dice cómo los jueces ponderan principios constitucionales, no nos dice cómo de hecho se solucionan los conflictos entre derechos fundamentales. Nos dice, en cambio, cómo se debería desarrollar la ponderación, cómo deberían racionalmente solucionarse los conflictos entre derechos fundamentales. En todo esto no hay nada de malo, al contrario. Cualquiera puede presentar propuestas normativas en sentido ético-político para mejorar el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos, y Ferrajoli y Moreso lo hacen muy bien. Presentan propuestas muy finas y bien argumentadas.

Lo que no me parece lícito es confundir o sobreponer estas propuestas, que son normativas no solo en sentido metodológico, sino más bien en sentido ético-político, que son valorativamente comprometidas como si fueran explicación de la realidad jurídico-institucional.

Lo que no me parece lícito, para decirlo con viejas palabras de Bobbio, es confundir el derecho tal como es, con el derecho como debería ser.

Bibliografía

- Menéndez, A. J. y Eriksen, E. O. (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.
- Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004
- _____, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), Madrid, CEC, 1989.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, CEC, 1993.
- _____, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 2005.
- Anscombe, G. E. M., *Intention*, Oxford, Blackwell, 1957.
- Barberis, M., *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*, México, Fontamara, 2006.
- Bayón, J. C., “Derechos, democracia y Constitución”, en *Discusiones*, núm. 1, 2000.
- _____, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991.
- Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
- _____, *El problema del positivismo jurídico*, trad. por E. Garzón Valdés, Buenos Aires, Eudeba, 1965.
- _____, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), 2ª ed., Milán, Comunità, 1972.
- _____, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990.
- _____, Matteucci, N. y Pasquino, G. (dir.), *Dizionario di Politica*, 2ª ed., Turín, UTET, 1983.
- Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

- _____, *Teorie “costituzionalistiche” del diritto. Morale, diritto e interpretazione* in R. Alexy e R. Dworkin, Bologna, CLUEB, 2000.
- Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.
- Calsamiglia, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.
- Campbell, T. D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996.
- Carbonell, M. (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM-Trotta, 2003.
- _____, y Salazar, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-IIIJ-UNAM, 2005.
- Carrino, A. (ed.), *Metodologia della scienza giuridica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989.
- Celano, B., “«Defeasibility» e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, en *Ragion Pratica*, núm. 18, 2002.
- Chiassoni, P., *L’utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Turín, Giappichelli, 2005.
- Comanducci, P., *Diritto positivo: due esercizi di dissezione*, en Zaccaria, G. (ed.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Turín, Giappichelli, 1991.
- _____, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, ed. por R. Escudero Alday, Madrid, CEPC, 2010.
- _____, y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2005.
- _____, *Analisi e diritto 1996. Ricerche di filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1996.
- _____, *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2001.
- _____, *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2004.
- _____, *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2005.
- Corso, L., *Potere giudiziario e sovranità popolare*, Turín, Giappichelli, 2008.
- Cruz Parceró, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Dimoulis, D., *Positivismo jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, São Paulo, Método, 2006.

- Dogliani, M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994.
- Duarte, É. O. R. y Pozzolo, S., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, São Paulo, Landy Editora, 2006.
- Dworkin, R., *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- _____, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), Milán, Feltrinelli, 2007.
- _____, *Los derechos en serio* (1977), Barcelona, Ariel, 1984.
- Escudero Alday, R., *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, CECP, 2000.
- _____, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- Fassò, G., *La democrazia in Grecia* (1959), reimpr. ed. por C. Faralli, E. Pattaro, G. Zucchini, Milán, Giuffrè, 1999.
- Ferrajoli, L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. por A. de Cabo y G. Pissarello, Madrid, Trotta, 2001.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4a ed., Madrid, Trotta, 1995, 2000.
- _____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2001.
- _____, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- _____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- _____, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), Madrid, Trotta, 2011, vol. 2.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, 2 vols.
- Ferreres, V., *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, México, Fontamara, 2008.
- García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, CECP, 1998.
- Gianformaggio, L., *Filosofía del diritto e ragionamento giuridico*, ed. por E. Diciotti y V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2008.
- Giordano, V., *Il positivismo e la sfida dei principi*, Nápoles, ESI, 2004.

- Goodman, N., *Ways of Worldmaking*, Indianapolis-Cambridge, Hackett, 1978.
- Greppi, A., *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006.
- Guastini, R., *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM, Fontamara, 2001.
- Hart, H. L. A., “Philosophy of Law, Problems of”, en Edwards, P. (ed. en jefe), *The Encyclopedia of Philosophy*, Nueva York-Londres, The MacMillan & The Free Press/Collier-MacMillan Limited, 1967, vol. VI.
- Hierro, L. L., *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 1998.
- Hohfeld, W. N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning. I”, en *Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913.
- _____, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. por G. R. Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.
- _____, *Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. por W. W. Cook, New Haven, Yale UP, 1923.
- Jiménez Cano, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.
- Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Göttingen-Heidelberg, Springer, 1960.
- Laslett, P. (ed.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1956.
- Manin, B., “Les deux libéralismes: marché ou contre-pouvoirs”, en *Interventions*, núm. 9, 1984.
- Margiotta, C., *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 30, 2, 2000.
- Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2005.
- Martí, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- Matteucci, N., *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), Bolonia, Il Mulino, 1996.

- Mazzarese, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002.
- Menéndez, A. J. y Eriksen, E. O. (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.
- Millard, É., *Théorie générale du droit*, París, Dalloz, 2006.
- Moreso, J. J., “Conflitti tra principi costituzionali”, en *Ragion Pratica*, núm. 18, 2002.
- _____, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 1997.
- _____, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1997.
- Nino, C. S., *Algunos modelos metodológicos de ‘ciencia’ jurídica*, México, Fontamara, 1993.
- _____, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1988.
- Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía* (1974), México, FCE, 1988.
- Piattelli Palmarini, M. (ed.), *Livelli di realtà*, Milán, Feltrinelli, 1984.
- Pino, G., “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”, en *Law and Philosophy*, núm. 18, 1999.
- _____, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010.
- Pozzolo, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001.
- Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., México, Fontamara, 1999.
- Quine, W. V. O., *From A Logical Point of View*, 2a ed. rev., Nueva York-Hagerstown-San Francisco-Londres, Harper & Row, 1961.
- Rainbolt, G. W., *The Concept of Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.
- Ratti, G. B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Turín, Giappichelli, 2008.
- Rawls, J., *Teoría de la justicia* (1971), 2ª ed., México, FCE, 1995.
- Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975.

- Redondo, M. C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, CEC, Madrid, 1996.
- Salazar Ugarte, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, IIJ-UNAM-FCE, 2006.
- Samuel, G., *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate, 2003.
- Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, prólogo de L. Prieto, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- Searle, J. R., *The Construction of Social Reality* (1995), Londres, Penguin Books, 1996.
- Tarello, G., *Progetto per la voce "Diritto" di una enciclopedia*, en "Politica del diritto", II, 6.
- Vignudelli, A., *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Turín, Giappichelli, 2011.
- Vilajosana, J. M., *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Villa, V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999.
- Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- _____, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Watzlawick, P. (ed.), *L'invention de la réalité. Comment croyons-nous ce que nous croyons savoir?* (1981), París, Seuil, 1992.
- Zaccaria, G. (ed.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Turín, Giappichelli, 1991.
- Zagrebelsky, G. *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, ed. por G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- _____, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), Madrid, Trotta, 1995.
- _____, *Il "Crucifige!" e la democrazia*, Turín, Einaudi, 1995.
- _____, *La crucifixión y la democracia*, Ariel, Barcelona, 1996.

Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales
de Paolo Comanducci
se terminó de imprimir en el mes
de noviembre de 2016, en los Talleres Gráficos
del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro,
dependientes de la Oficialía Mayor, bajo la
dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

Otras publicaciones

CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

La Constitución bajo tensión

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

*Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción:
una discusión en clave neoconstitucional*

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS

*Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema
Interamericano modelos para (des)armar*

ARIEL DULITZKY

*Realizando los Derechos.
Su filosofía y práctica en América Latina*

RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Este libro reúne trabajos dedicados al derecho constitucional desde el punto de vista general y abstracto, típico de la teoría analítica del derecho. Los temas tratados son diferentes pero interconectados entre sí. Comienza planteando la pregunta básica y preliminar de cómo se conoce el derecho, cuestión que, a su vez, depende de cómo se configura el objeto "derecho": ¿es el derecho un conjunto de hechos o un conjunto de normas?. El debate epistemológico entre empiristas y constructivistas se cruza entonces con el debate iusteórico entre realistas y normativistas, produciendo un abanico de respuestas, cada una de las cuales esclarece algún aspecto del fenómeno jurídico y de su complejidad.

Ya que la Constitución es principalmente considerada una pieza fundamental de los derechos contemporáneos, se analizan las distintas configuraciones que se han plasmado del objeto "constitución", según el uso teórico o práctico que de tal objeto se quiere realizar. Entre las respuestas relevantes a la pregunta "¿qué es la constitución?" se han destacado algunas que conllevan el problema de la supuesta especificidad de la interpretación constitucional frente a la interpretación de los demás documentos normativos.

Sucesivamente se presenta el marco teórico e ideológico en que se desarrollan los debates antes analizados, es decir la galaxia del neoconstitucionalismo, de la que se ofrece un análisis crítico y una tentativa de sistematización. El movimiento del neoconstitucionalismo está estrechamente conectado al fenómeno de la constitucionalización del derecho, que está afectando casi todos los sistemas jurídicos contemporáneos. El rol central que ocupa en ellos la constitución puede generar tensiones con la idea misma del régimen democrático, concebido como una forma de gobierno en que las decisiones públicas son tomadas, en cada situación deliberativa, por la mayoría de los votantes. Se examinan estas tensiones y se aboga por un modelo de Estado de derecho en el cual los procedimientos democráticos encuentren su límite en la constitución, y sobre todo en los derechos fundamentales que ella expresa y garantiza.

Finalmente, se retoma el asunto del conocimiento del derecho y, en particular, de la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por la así llamada "ciencia jurídica". Discutiendo algunas tesis de Luigi Ferrajoli, se critican las posturas "irenistas" en materia de derechos fundamentales y se reafirma el rol central de la interpretación en el conocimiento y en el uso del derecho.

ISBN 978-607-7822-29-5



9 786077 822295



QUERÉTARO
ESTÁ EN NOSOTROS



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO