



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"

*Legalismo y constitucionalismo.
Pautas para una reconstrucción del imperio
de la ley y de la Constitución*

Tesis que para la colación del grado de Doctor en Derecho,
Programa Estudios Avanzados en Derechos Humanos,
presenta:

FRANCISCO MIGUEL MORA SIFUENTES

Bajo la tutoría y dirección de la profesora

DRA. DÑA. MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Getafe, Madrid, a 7 de abril de 2014

*Legalismo y constitucionalismo.
Pautas para una reconstrucción del imperio
de la ley y de la Constitución*

TESIS DOCTORAL

Legalismo y constitucionalismo. Pautas para una reconstrucción del imperio de la ley y de la Constitución

Autor:

Francisco Miguel Mora Sifuentes

Director/es:

Dña. Dra. María del Carmen Barranco Avilés

Tutor:

Dña. Dra. María del Carmen Barranco Avilés

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”

Getafe, 7 de abril de 2014

TESIS DOCTORAL

**LEGALISMO Y CONSTITUCIONALISMO.
PAUTAS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DEL IMPERIO
DE LA LEY Y DE LA CONSTITUCIÓN**

Autor: FRANCISCO MIGUEL MORA SIFUENTES

Director/es: MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

CONTENIDO:

INTRODUCCIÓN GENERAL.....	11
INTERNATIONAL MENTION.....	27

CAPÍTULO PRIMERO

UN PRINCIPIO REGULATIVO COMO PUNTO DE PARTIDA

1. LEGALISMO: LA NOCIÓN DE AUTONOMÍA INDIVIDUAL.....	39
1.1 Sujeto autónomo y modernidad.....	39
1.2 Kant y la autonomía.....	41
1.3 Autonomía y libertad.....	50
1.4 Autonomía contra paternalismo.....	58
1.5 Una propuesta para articular el ideal del imperio de la ley.....	61
2. CONSTITUCIONALISMO: LA CONCEPCIÓN REPUBLICANA DE LIBERTAD.....	68
2.1. De nuevo sobre sujeto y comunidad.....	69
2.2 Libertad «de los antiguos» y «de los modernos»	83
2.3 Republicanismo(s).....	89
2.4 La concepción republicana de libertad.....	93
2.5 Una propuesta para articular el imperio de la Constitución	98

CAPÍTULO SEGUNDO

DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTADO DE DERECHO

1. LEGALISMO: UNA CONCEPCIÓN RESTRINGIDA DE ESTADO DE DERECHO.....	107
1.1 ¿Por qué no todo Estado merece ser llamado Estado de Derecho?.....	107
1.2 Concepción restringida de Estado de Derecho y <i>Rule of Law</i>	110
1.3 Dos derivas de la concepción restringida: la racionalista y la conservadora.....	115
1.4 Crítica (y crisis) del Estado de Derecho.....	123
1.5. Una concepción restringida de Estado de Derecho.....	130
2. CONSTITUCIONALISMO: UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DE ESTADO DE DERECHO.....	140
2.1 Algunos antecedentes del Estado social y democrático.....	144
2.2 El Estado social y democrático de Derecho.....	147
2.3 La cláusula del Estado social: interpretaciones	167
2.4 Crítica (y crisis) del Estado social de Derecho.....	171
2.5 Una concepción amplia del Estado de Derecho.....	178

CAPÍTULO TERCERO

DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS

1. LEGALISMO: SU DIMENSIÓN SUBJETIVA.....	183
1.1 Un esquema de análisis.....	183
1.2 Sobre el fundamento de los derechos: entre la voluntad y el interés.....	186
1.3. Sobre la estructura de los derechos subjetivos.....	198
1.4 Sobre dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.....	217

2. CONSTITUCIONALISMO: SU DIMENSIÓN OBJETIVA.....	220
2.1 Constitución como «orden de valores» (<i>Objektive Werterordnung</i>)	222
2.2 El fallo Lüth: el efecto de irradiación	231
2.3 Instituciones y derechos fundamentales.....	236
2.4 El efecto frente a terceros de los derechos fundamentales (<i>Drittwirkung</i>) y la dimensión objetiva.....	242

CAPÍTULO CUARTO
DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NORMAS

1. LEGALISMO: REGLAS.....	253
1.1 Preliminares: normas y lenguaje.....	253
1.2 Sobre la teoría imperativa de las normas.....	257
1.3. Una primera aproximación a las reglas.....	267
1.4. La caracterización de las reglas de F. Shauer.....	272
1.5 Las reglas como componente esencial del sistema jurídico para el legalismo	283
2. CONSTITUCIONALISMO: PRINCIPIOS.....	285
2.1 Principialismo «de los antiguos».....	287
2.2 Principialismo «de los modernos».....	299
2.3 Los principios como mandatos de optimización	307
2.4 Los principios como normas derrotables	316
2.5 Los principios como componente central para el constitucionalismo.....	326

CAPÍTULO QUINTO
APROXIMACIÓN A SU DISEÑO INSTITUCIONAL Y A SU
CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

1. LEGALISMO: UN MODELO DE CONSTITUCIONALISMO FUERTE	333
1.1 Supremacía y rigidez constitucional.....	334
1.2. El problema intertemporal	399
1.3 Intentos de fundamentación del constitucionalismo (fuerte).....	345
1.4. La críticas de J. Waldron.....	359
1.5 Legalismo: una constitución «en la sombra» y garantizada.....	365
2. CONSTITUCIONALISMO: UN MODELO DE CONSTITUCIONALISMO DÉBIL	370
2.1 Constitucionalismo popular: constitucionalismo político	373
2.2 Crítica al constitucionalismo popular	390
2.3 ¿Y si la mayoría no se equivoca? Democracia y problemas de decisión colectiva....	397
2.4 Otra vuelta de tuerca: la versión epistémica de la democracia deliberativa.....	402
2.5 Contitucionalismo: una constitución «expansiva» y democrática	411

CONCLUSIONES: 419

INTERNATIONAL MENTION: FINAL REMARKS.....429

BIBLIOGRAFÍA GENERAL..... 437

*What jurists love above all things is the sight of order,
and the greatest guarantee of order is authority.
It must not be forgotten, moreover, that if they prize liberty,
they generally put legality much above it;
they fear tyranny less than arbitrariness and,
provided that the legislator himself sees to taking
independence away from men, they are more or less content.*

Democracy in America,
ALEXIS DE TOCQUEVILLE

INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente trabajo constituye la Memoria de Investigación para la colación del grado de Doctor en Derecho. Quisiera comenzar esta introducción dejando constancia de algo que considero crucial. Busco comprender el fenómeno jurídico como un hecho que no se presenta aislado de toda interferencia, sea moral o política. Creo que esta es una de las enseñanzas de la escuela del profesor G. Peces-Barba quien hizo hincapié en que el fenómeno jurídico no puede comprenderse cabalmente sin tener presente sus perfiles históricos, sociales o culturales. Nos alertó contra los excesivos racionalismos que pasan por alto, entre otras cosas, que es un fenómeno mediado también por el poder¹. Pienso que su «positivismo corregido» –ilustrado en la incorporación de unos valores superiores en el Ordenamiento²– se explica en la medida en que busca situar el mundo de los valores en el ámbito de la cultura humana, de una determinada sociedad³. *Ética, Poder y Derecho*, pues, este último, no es coacción desnuda.

¹ Véase: “Entrevista con Gregorio Peces-Barba”, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, en: *Doxa*, número 1, 2008, pp. 70-78. Peces-Barba, p. 71. La plasmación de valores apunta a la contraposición positivismo jurídico/iusnaturalismo. Invita a modular algunas concepciones del Derecho en la medida en que parece trastocar los términos en los que tradicionalmente discurría aquella polémica –al menos, en sus versiones más fuertes– Véase: *Los valores superiores*, cit., págs. 24 y 53-55. Apunta a mediar entre el iusnaturalismo que propugna que para que algo tenga validez jurídica debe ser justo y el formalismo ético que subsume la justicia en la validez. Sin embargo, tal plasmación se hace intentando no abandonar la concepción sistemática y funcional del ordenamiento jurídico. Como escribe nuevamente G. Peces-Barba: ello supone que, en dichos contextos, sea difícil “mantener la identificación del Derecho con la ley, ni la afirmación de que el juez sólo debe ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Tampoco es sostenible la tesis de la teoría pura del Derecho, expresión más perfilada del positivismo clásico, de que se puede obtener un concepto del Derecho prescindiendo de una justicia y de un substrato social. Es una imposible definición desde la validez, sin la justicia ni la eficacia. Es encerrar al positivismo en un guetto formalista, sin criterios materiales de justicia, y sin criterios reales de arraigo social o de medios sociales de implantación”. Cf. PECES-BARBA, Gregorio, “Prólogo” a: SANTAMARÍA IBEAS, Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Dikynson, 1997, aquí pág. 12.

³ Tal sería su nota distintiva: al adoptarse la decisión constitucional básica de instituirse como Estado social y democrático de Derecho que propugna unos valores superiores, que pretenden un fundamento racional e histórico, de forma explícita –nos dice Peces-Barba– se procuran evitar los extremos más criticables que presentan los contenidos materiales en el Derecho. Sobre todo porque se trata de una decisión que no sólo fue adoptada por el constituyente, sino que recibió el concurso ciudadano por medio de un referéndum, revistiéndole de legitimidad: la que proporciona un consenso robusto y que expresa el acuerdo de los españoles sobre los valores superiores de su Ordenamiento. Ésta es una nota importantísima y que, a menudo, no suele dársele la magnitud que merece, pues con ella se intenta situar al Derecho “en el mundo de la cultura, es decir, en el ámbito de la obra humana en sociedad”. Véase: PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, cit., aquí págs. 24 y 53-55.

Expresa un punto de vista sobre la justicia (para él, el punto de vista de la «ética pública de la modernidad»⁴ y de los derechos fundamentales⁵)

Todo esto es discutible, por supuesto. Por ello, desde ahora invito a leer lo que sigue con cautela. En estas páginas ofrezco una propuesta para reconstruir dos ideologías presentes al abordar el fenómeno jurídico en nuestras sociedades: el «legalismo» y el «constitucionalismo». Evidentemente que no se trata de una propuesta novedosa. Antecedentes claros de esta aproximación los encontramos en J. Shklar quien dedicó un trabajo al primero, *Legalism*⁶; o en R. Dreier quien delineó ambas posturas en su artículo *Konstitutionalismus und Legalismus*. Para este último autor, se trata de dos formas de pensamiento que típicamente están presentes en un Estado Constitucional y democrático de Derecho derivadas –y esto es relevante– de su «materialización». Con ella, nos dice, se entra en una dinámica de profundas transformaciones. Entre las que destaca, me parece particularmente interesante que mencione un desplazamiento de la ley como fuente del Derecho. En estas pocas líneas, a mi juicio, Dreier da con el núcleo de la problemática: estamos ante un problema ideológico o de política jurídica. Además, sostiene algo que también estimo crucial y que es lo siguiente. El debate entre ambas posturas o formas de pensamiento se encona porque, en el fondo, reviven la vieja controversia entre positivismo jurídico y jusnaturalismo⁷.

Antes de comenzar a precisar qué podemos entender tanto por legalismo como por constitucionalismo, permítaseme una precisión. Mi propuesta no es inteligible si no dejo en claro que parto de un hecho básico. Otro punto de partida de estas páginas es que se considera que no existen esencias éticas, absolutas o incontrovertibles de lo

⁴ Véase: PECES-BARBA, Gregorio, “Ética pública y Ética privada”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997, pp. 531-544.; donde perfila las ideas que había venido elaborando y que vieron luz, entre otros, en su trabajo: *Ética, Poder y Derecho*, Madrid, CEC, 1991.

⁵ El profesor Peces-Barba en efecto, es uno de los filósofos más importantes de los derechos fundamentales en nuestra lengua. En el ámbito español, concretamente, fue un pionero de su estudio. Sin embargo, su aportación más determinante está cifrada, pienso, en haber impulsado y coordinado la monumental *Historia de los derechos fundamentales*; un magno proyecto colectivo sobre la génesis de los derechos en el que participan los mejores estudiosos de nuestra lengua. Los tomos correspondientes al siglo XX están a punto de ver la luz bajo el sello de la editorial Dykinson.

⁶ SHKLAR, Judith, *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1964 [trad. cast. de J. Orriés y Obars, *Legalismo*, Buenos Aires, Omeba, 1968]

⁷ Cf. DREIER, Ralf, “Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten Juristischer Denkens im demokratischen Verfassungsstaat”, en: E. Dais, E. Jorgensen y A. E. Tay, (eds.) *Konstitutionalismus versus Legalismus*, ARSP-Beheft 40, 1991, pp. 85-97, aquí pág. 97.

correcto. Lo que con M. Weber se ha llamado el «desencantamiento del mundo»⁸; J. Rawls el «*fact of pluralism*»⁹; o la «desacralización de viejas convicciones éticas por la complejidad y variedad de las formas de vida» de J. Habermas¹⁰. No hay pues algo así como el «mundo de *los valores*» –perfectamente ordenados, jerarquizados, y dispuestos a ser descubiertos–. Renuncio, por tanto, al realismo moral. Las grandes empresas de nuestro tiempo pasan, por ello, por buscar proporcionar un marco de estabilidad social en una época marcada por transformaciones profundas en todos los órdenes de la existencia humana. Son los tiempos de la «Metaética de Babel»¹¹. Lo anterior no significa que sea del todo irrelevante quién, pero sobre todo, *cómo se define* lo que ha de considerarse valioso, legítimo en nuestras relaciones sociales y por ende en el ámbito jurídico. Una vez mostradas las cartas, dedicaré unas cuantas líneas al «contexto de descubrimiento» de esta Memoria que, estimo, pueden ayudar a preparar una hoja de ruta.

Realicé mis primeras incursiones académicas en uno de los temas estelares del constitucionalismo: el *Drittwirkung der Grundrechte*. Con ese pequeño trabajo de investigación me adentré en un discurso que, aunque no precisado rigurosamente, poseía ciertas notas comunes. Si se me pidiera que intentase delimitarlo, diría lo siguiente. Diría, en primer lugar, que se trata de un discurso que se ha potenciado tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, que tiene su epicentro claro en Alemania y que

⁸ Con el desencantamiento del mundo quiero referirme a la pulverización de las antiguas certezas religiosas, místicas o absolutas. Weber hablaba de una lucha de los dioses, *Kampf der Götter*, como seña característica de la modernidad: la pluralidad de valores que están en conflicto permanente y a los que los individuos nos vemos abocados a elegir. La lucha descarnada, a muerte, entre distintos valores. Como escribe en un conocidísimo pasaje: “Respecto a los valores, en efecto, siempre y en todas partes se trata, en definitiva, no sólo de alternativas, sino de una lucha a muerte irreconciliable, entre ‘dios’ y el ‘demonio’, por así decirlo. Entre ambos no es posible relativización ni compromiso alguno”. Cf. WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922) [trad. cast.: *Ensayo sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 6ª. reimp. 2001, por donde se cita, aquí pág. 238]

⁹ RAWLS, John, *Political Liberalism*, New York, NY, Columbia University Press, 1993 [trad. cast. de A. Domènech, “La idea de consenso entrecruzado” en *Íd.*, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2ª ed., 2006, por donde se cita, aquí pág. 165 y ss.]

¹⁰ Véase: HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskursstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Suhrkamp, Verlag, Frankfurt am Main, 1992 [trad. cast. y estudio preliminar de M. Jiménez Redondo, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 5ª ed., 2008, por donde se cita, aquí pág. 87.]

¹¹ La expresión es de Jeremy Waldron, “The irrelevance of Moral Objectivity”, *Law and Disagreement*, Oxford, OUP, 1999, aquí pág. 172; y yo la tomo, a su vez, de GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, capítulo I.

ha sido replicado en Italia¹² y España¹³. Igualmente, señalaría que supone para algunos tanto una ruptura con determinadas formas de concebir lo jurídico como el surgimiento de un nuevo paradigma. Un paradigma que se mueve ‘a caballo’ entre la dogmática constitucional y la filosofía del Derecho. Pues bien, en el tema de la *Drittwirkung* pueden apreciarse de forma clara cómo se imbrican todas aquellas cuestiones al plantearse la posibilidad, otrora impensable, de que los derechos fundamentales tengan vigencia en las relaciones inter-privadas¹⁴. Sobre todo, muestra de forma diáfana la centralidad de articular una imagen curiosa: la de los derechos fundamentales que *colisionan entre sí*. Para ello se hace uso de un método de interpretación novedoso, la ponderación, que abre sin ambages el razonamiento jurídico al razonamiento moral¹⁵.

Si tenemos en cuenta esto último y que desde el siglo XVIII el positivismo jurídico ha tenido preponderancia¹⁶, no es difícil comprender por qué algunos de los que se ocupan de la cuestión se declaren contrarios a aquél; cuando no se declaren indiferentes. Indiferentes no al positivismo jurídico en sí, sino a la dialéctica que entabla con su opuesto. Con todo, creo que deben tomarse con cautela la excesiva condescendencia con la que se afirma que el paradigma emergente sea la superación del positivismo jurídico. Para mí no está del todo claro que sea así. Lo estimo así fundamentalmente porque no creo que se desenvuelvan en el mismo plano. Además, importa, y mucho, cómo se defina este último y qué tesis se le asignen a su rival tradicional, el jusnaturalismo. Como se sabe, qué ha de entenderse por ambos, cuáles sean sus tesis definitorias, es una tarea mediada por no pocas polémicas. Con todo, mi

¹² La referencia obligatoria aquí es, obviamente: ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992 [trad. cast. de M. Gascón Abellán, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (epílogo de G. Peces-Barba), Madrid, Trotta, 1995, por donde se cita]; véase también el estudio de: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “¿Crisis del positivismo jurídico?: dos respuestas italianas”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, núm. 2., 1993, pp. 113-154; así como el monográfico dedicado a esta obra con motivo de su publicación al castellano: AA. VV., *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII-XIV, 1996.

¹³ Vale como ejemplo la “Presentación” que abre el libro colectivo a cargo de: J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC-Ministerio de la Presidencia, 2004, pp. 9-14.

¹⁴ Véase: HESSE, Konrad, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, Müller, 1988 [trad. cast. de I. Gutiérrez, *Derecho constitucional y derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995]

¹⁵ Véase: ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de M. Atienza, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 139-155, aquí pág. 144

¹⁶ Véase: GONZÁLEZ VICEN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIV, 1969, pp. 15-65, aquí pág. 20 y ss.

propuesta toma ya cierta postura sobre la pertinencia de buscar «el concepto» de Derecho, una tarea revestida, como destacó J. Shklar, de no poco esencialismo¹⁷. En la aproximación aquí propuesta la concepción que tengamos del Derecho está subordinada, pienso, a otras preocupaciones que no son puramente teóricas. Sin embargo, no puede negarse la posibilidad o la *necesidad* de un análisis desde un punto de vista externo. Esto es algo muy importante como para prescindir de él.

Para añadir más desconcierto al cuadro, debo señalar que tampoco emergerá de estas páginas un desarrollo estrictamente dogmático. No me ocupo tampoco de un sistema jurídico en particular, ni de una parte específica del Ordenamiento¹⁸. Acudo, más bien, a distintas nociones que están en el discurso y dan sentido a la práctica en los Estados Constitucionales y democráticos de Derecho que es donde R. Dreier ubica al legalismo y al constitucionalismo. A mi juicio, tales nociones buscan materializar ciertos ideales regulativos que, siguiendo la respectiva literatura, propongo están en su base. De tal forma que, si es cierto que lo que cuenta no es lo puesto sino lo presupuesto¹⁹, esta aproximación tomará como base el punto de vista de aquellos que trabajan con el material jurídico-normativo. Sólo desde un punto de vista interno a la práctica, o uno próximo, es que tiene sentido decir que hay ideales regulativos que son dignos de ser promovidos²⁰. Para los participantes de la compleja práctica que es

¹⁷ Escribe Shklar: “insistir en una definición universalmente válida de un término general y luego comprender un selecto número de fenómenos en ella sólo revela un sesgo esencialista o realista de la concepción filosófica. Es fruto de la creencia de que las palabras se refieren siempre a entidades identificables y que las categorías generales corresponden siempre a esencias que definen fenómenos individuales y señalan un lugar y un designio de un orden universal”. Véase: SHKLAR, Judith, *Legalismo*, cit., aquí pág. 41 y ss. En tal sentido, también iría la sugerencia de Nino de la existencia de una pluralidad de conceptos de Derecho. Véase: NINO, Carlos Santiago, *Derecho, Moral, Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 25 y ss.

¹⁸ Ambas ideologías, también podrían entenderse en tanto “teorías particulares del Derecho” en un doble sentido que las aleja de los propósitos de las teorías generales; fundamentalmente las de cuño positivista cuyo vórtice es la generalidad y la descripción de su objeto. El primero sería que no se ocupan de todo el Derecho en cualquier tiempo o lugar, sino de algunos Ordenamientos o sistemas jurídicos particulares (v. gr. el típico de los Estados constitucionales y que es el correspondiente a los ordenamientos occidentales actuales). O bien, son teorías particulares en el sentido de que no son sólo descriptivas sino también y sobre todo prescriptivas o normativas. Sobre estas cuestiones, véase: WALDRON, Jeremy, “Can There Be a Democratic Jurisprudence” *Emory Law Journal*, núm. 58, 2008-2009, pp. 675-712.

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., aquí pág. 9.

²⁰ El punto de vista interno se ha dicho, por ello, con razón, que es un punto de vista más de teoría de la justicia que de teoría del Derecho. Sobre estas cuestiones, véase: SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGrawHill, 1999, pág. 69 y ss.; sobre los problemas de adoptar este punto de vista, véase: RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Derecho y punto de vista moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997, pp. 571 y ss.

el Derecho, éste no se entiende sin que sirva o deba cumplir algunos propósitos o finalidades²¹.

Ahora bien, si no pretendo un estudio teórico ni dogmático, lo que aquí busco reconstruir aquí son más bien *ideologías*. Pero ¿en qué sentido? De entre las posibles acepciones del término, hago de lado las que hacen referencia al pensamiento marxista, en tanto ‘falsa consciencia’ o ‘super-estructura’²². Aquí se entiende ideología como una red de ideas, en tanto «conjunto, más o menos ordenado, de creencias o valores que han sido defendidos por un grupo de personas con fines específicos»²³. Creo que todo lo dicho hasta aquí sirve para encuadrarles como tales. El constitucionalismo podría sintetizarse, pienso, en tanto ideología que celebra la re-materialización del Derecho²⁴. Y cuando ello ocurre, se genera una especie de caldo de cultivo donde se hace propicia la denuncia la escasa utilidad del positivismo como empresa puramente teórica²⁵. La re-materialización, en efecto, pone en jaque la aproximación semántica, prescriptivista, que del Derecho ofrecen muchas versiones del positivismo. Se da la paradoja que la posición teórica que se jacta de explicar el Derecho tal y como es, no lo hace. No lo hace si se sostiene un punto de vista externo radical, que es un punto de vista que parece servir cada vez menos cuando la práctica del Derecho misma se tiene como una cuestión de principio: cuando el Derecho que *es* ya no es tan distinto del Derecho que *debe ser*.

Algunos positivistas pueden y de hecho pasan por alto lo anterior. Se trata simplemente de malentendidos causados por no atender rigurosamente la gran división entre *ser* y *deber ser*; entre *describir* y *prescribir*. De no atinar a insularizar

²¹ Esta es la pretensión original de Lon L. Fuller y que tanto le reprochara Hart. Véase: H. L. A., Hart, “Book Review”. Y que sería, como se sabe, posteriormente reivindicada fuertemente por –“el campeón del punto de vista interno” L. Prieto *dixit*– Ronald Miles Dworkin con su teoría interpretativa del Derecho. Véase: DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, esp. el capítulo 3, pp. 87-113.

²² Sobre los distintos sentidos de ideología, véase: SINOPWICH, Christine, “Law and Ideology”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en línea; asimismo, véase: LA TORRE, Massimo, *Law as Institution*, Springer, Dordrecht, 2010, aquí pág. XX

²³ Cf. RAILTON, Peter, “Ideology”, en: Honderich, Ted, (ed.), *The Oxford Guide to Philosophy*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2nd edition, 2005, págs. 419-420.

²⁴ Esta fórmula con la cual se hace referencia al Derecho de los Estados constitucionales contemporáneos, y que tenido fortuna, puede encontrarse en: LA TORRE, Massimo; “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea” *RCEC*, núm. 16, 1993, aquí p. 67; así como en HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*. cit., aquí pág. 535 y ss.

²⁵ En general, sobre los problemas que el paradigma constitucionalista presenta para el positivismo véase el bonito trabajo de: PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

el Derecho de consideraciones morales o políticas. Sin embargo, últimamente algunos otros positivistas han abandonan su castillo de pureza para reivindicar, no sin cierto aire de paradoja, que tras él también laten determinados principios. En efecto, el «positivismo normativo»²⁶, ha venido a contradecir a aquellos que se niegan a ver la empresa positivista ajena o carente de valores. El positivismo, se afirma, defiende ciertos contenidos; defiende un programa político. Con ello ha mostrado, pues, su profunda cara ideológica. Aquí debe tenerse presente el sentido específico en que quiere decirse que el positivismo ha reconocido su cara «ideológica». Con ello no se hace referencia al «positivismo ideológico», tal y como fue identificado por N. Bobbio. Es decir, en tanto «ideología de la justicia» (el Derecho por el mero hecho de existir genera una obligación moral de obediencia²⁷). Para no confundirle con el positivismo ideológico, se ha acuñado la etiqueta de «ideología positivista»²⁸. Es una ideología que propugna no sólo qué valores deberían inspirar un Ordenamiento sino también cómo debería ser concebido, articulado y administrado²⁹. Me parece que con estos preliminares estoy en condiciones de abordar a qué me refiero específicamente cuando aludo al legalismo y al constitucionalismo.

A reserva de lo que diré más adelante, adscribiré el legalismo a una determinada forma de articular el Derecho que tiene su piedra de toque en la noción de autonomía individual. Su visión de las instituciones jurídicas es cercana a la ideología del *Rule of Law*, del Imperio de la Ley³⁰. Destaca la importancia de que el

²⁶ El positivismo normativo tiene su más claro antecedente contemporáneo no en el ámbito anglosajón, sino en la obra de Uberto Scarpelli. Este autor buscaba dar una definición unitaria de positivismo jurídico. Es, como dice Scarpelli: “una interpretación política del positivismo jurídico que está vinculada a la formación y evolución de un determinado tipo de organización política, la organización política propia de la forma de Estado que nosotros llamamos moderno”. Véase: Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, (1965), ed. de A. Catanea y M. Jori, Roma, Editoriale Scientifiche Italiane, 2008.

²⁷ BOBBIO, Norberto, “Formalismo jurídico y formalismo ético”, *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991, pp. 105 y ss.

²⁸ Véase: RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Positivismo ideológico e ideología positivista”, en: J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla, (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, pp. 457- 479.

²⁹ N. Bobbio, decía que toda teoría puede juzgarse o bien bajo el prisma ideológico o bien bajo el prisma científico. Como ideología, una teoría tiende a afirmar ciertos valores ideales y a promover ciertas acciones. Como doctrina científica, su fin no es otro sino el de comprender una cierta realidad y explicarla. (Cf. BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña, Madrid, Debate, aquí pág. 26; en sentido similar en su trabajo: “Filosofía del Derecho y teoría general del Derecho”, *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., aquí pág. 88.)

³⁰ En este sentido, por ejemplo, en tono crítico: FINEMAN, Martha Albert, *The Myth of Autonomy. A Theory of Dependency*, New York N.Y, New Press, 2004, pág. 9 y ss.

Derecho sea básica y fundamentalmente un asunto de reglas y seguimiento de reglas³¹. Por otro lado, entiendo por constitucionalismo la ideología del imperio de la Constitución de todos sus valores y principios. Con “todos”, me refiero especialmente a sus contenidos igualitarios. Puede vincularse, en un sentido que irá concretándose, al movimiento que la escuela genovesa denominara «neo-constitucionalismo»³². Así vistos, tanto legalismo como constitucionalismo, expresan dos formas de ver el Derecho contrapuestas. Insisto: no se trata propiamente de *teorías*. Su estatuto no está presidido por la generalidad y descripción de su objeto. No se ocupa de todo Derecho concebible en cualquier tiempo o lugar. No obstante esto último, las ideologías presuponen –o pueden presuponer– un determinado concepto de Derecho asumido por consideraciones pragmáticas. Se trata de apuestas normativas que propugnan cómo debería ser el Derecho³³. Propuestas que van unidas a un amplio cuerpo de tradiciones políticas y morales³⁴. La hipótesis de este trabajo es precisamente esta:

³¹ Esta es, como se sabe, la definición clásica de: SHKLAR, Judith, *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1964, aquí pág. 1.

³² Fue S. POZZOLO quien, al parecer, acuñó el término. Para ella ‘neoconstitucionalismo’ sirve para designar una corriente de pensamiento o a un grupo de filósofos del derecho (R. Dworkin, R. Alexy, G. Zagrebelsky y, sólo en parte, C. Nino) que pueden ser agrupados en torno a unas nociones peculiares *no obstante ellos no se reconozcan como parte o dentro de un movimiento unitario*. Véanse: POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli Editori, 2001, [trad. cast. de VV. AA., *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra Editores, 2011, por donde se cita, aquí pp. 7-9]; *Íd.*, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” trad. de J. Vilajosana, *Doxa*, núm. 21, v. II, 1998 pp. 339-353, aquí pág. 339; también: COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, *Isonomía*, núm. 16, 2002, pp. 89-112; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones” en *Íd.*, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 101-136.

³³ Si bien, tanto la ideología legalista como la constitucionalista, beben de la misma fuente, esto es, ambas son, se reclaman, hijas o herederas del proyecto ilustrado, cada una toma partes de la gramática moral y política de aquella. Destaca determinados elementos, o los destaca en mayor o menor medida. Esa gramática se compone básicamente de *Essentially Contested Concepts* tales como ‘autonomía’, ‘libertad’, ‘igualdad’, ‘autogobierno’. La expresión es de Gallie, Walter Bryce, quien en 1956 publicó un trabajo seminal [*Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56, (1956), pp. 167-198]. Como nos recuerda F. J. Ansuátegui, estos conceptos, para Gallie, es que se trate: a) de conceptos valorativos o evaluativos; b) tienen una estructura interna compleja, misma que recibe una determinada valoración c) sus elementos no tienen una ordenación jerárquica pre-determinada; d) tienen un carácter abierto: su aplicación pueden variar en función de circunstancias cambiantes; y e) cada parte del concepto es *contestado* por otras, y sin embargo debe mantener un uso consistente. Cf. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J. “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 91-114 [ahora en: *Íd.*, *De los derechos y del Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 28-72, por donde se cita, aquí pág. 28.]

³⁴ Se trata de aquellas doctrinas políticas y morales que inspiran a nuestras sociedades. Aluden no sólo a conceptos, sino también, y sobre todo, a *concepciones*: a aquello que consideramos valioso, a sus concreciones o a la forma en que aquellos se han ido materializando institucionalmente. Aunque tengamos cierta pre-comprensión de ellos, parece más adecuado decir que trata de contenidos y manifestaciones variables en el tiempo y el espacio. Por ello aquí prefiero utilizar la distinción

para comprender el *sentido* de las propuestas ideológicas que aquí reconstruyo debemos acudir a las diversas concepciones de los elementos aludidos.

La presente tesis está compuesta de cinco capítulos. Cada capítulo contiene, a su vez, un apartado correspondiente en primer término al legalismo y en segundo al constitucionalismo con cinco puntos a desarrollar. En la medida de lo posible, se intenta hacer una presentación matizada de las distintas posiciones aludidas con la intención de no caer en el conocido recurso del «hombre de paja». Se busca que cada apartado muestre un espejo en el cual pueda reflejarse su contraparte para así estar en condiciones de contrastar los puntos clave de cada propuesta de los ideales del Imperio de la Ley y de la Constitución. Sobre decir, que estamos ante un estudio que intenta dar «puntos de contraste» que sirvan para bosquejar modelos de una práctica compleja. Es en este sentido global, que atienda a los elementos aludidos, donde podemos apreciar las diferencias. Por lo demás, es muy probable que en el plano estrictamente conceptual una cosa no se siga de la otra³⁵. Sin embargo creo que mi reconstrucción puede servir para calibrar algunas de las discusiones actuales; insisto, no sólo en el ámbito de la teoría del Derecho, a la que estos desarrollos no le son ajenos, sino sobre todo las de *política jurídica*.

El primer capítulo se abrirá con la propuesta de una «noción clave» para articular cada una de las ideologías. Para el caso del legalismo se propondrá que la misma encuentra su idea directriz en la noción de autonomía individual. Como han señalado entre otros Neil MacCormick o J. Shklar, o en España F. Laporta, lo que inspira no es otra sino la noción, el valor, de la autonomía individual³⁶. Esta da sentido a esta forma de concebir el Derecho y, como tal, responde a lo que tradicionalmente se ha englobado bajo el «principio de legalidad» que alude, no a una norma, sino a

propuesta por Dworkin entre conceptos y concepciones, es decir, la que media entre estándares normativos generales que precisan ser completados a la luz de doctrinas sustantivas, de valores en una suerte de equilibrio reflexivo. Además de los trabajos citados en la nota anterior, véase: IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104, aquí pág. 80 y ss.

³⁵ Sin embargo, entre nosotros el profesor F. J. Ansuátegui, ha sostenido, por el contrario, que la institucionalización de los derechos fundamentales, uno de mis puntos de contraste, supone la conexión conceptual –o lo que es lo mismo, la conexión necesaria– entre Estado de Derecho, derechos fundamentales y democracia. Véase: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *De los derechos y del Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, cit., aquí pág. 15.

³⁶ Cf. MACCORMICK, D. Neil, “The Ethics of Legalism”, *Ratio Juris*, núm. 2, vol. 2, 1989, pp. 184-193, aquí pág. 192.

una constelación de principios³⁷. Para el constitucionalismo propongo como «punto de partida» la concepción republicana de libertad. Entiendo que esto puede ser objeto de no pocas críticas. Y sin embargo, y como se ha destacado a menudo, esta forma de entender la libertad pretende lograr un equilibrio entre la idea de libertad entendida como «no-interferencia» y la idea de «libertad positiva» o si se prefiere entre «autonomía privada» y «autonomía pública». Su idea central es que los individuos, y sus derechos, solo pueden satisfacerse si ellos, a su vez, viven en comunidades políticas libres. La libertad como tal, desde este punto de vista, no está reñida con la interferencia sino con la dominación o el poder arbitrario.

En el apartado correspondiente a la autonomía personal se destacarán sus orígenes kantianos e ilustrados así como su cercanía al proyecto del liberalismo. Con la ética del ser humano como el artífice de su vida, sus elecciones y decisiones. El apartado correspondiente a la idea republicana de libertad considero que precisa mayor explicación. En primer lugar, vuelvo a la polémica sobre los límites del proyecto moral de la ilustración entre liberales y comunitaristas. Creo que ella es importante porque nos permite calibrar los argumentos a la vez que nos permite potenciar los peligros del posible retorno estadios «pre-modernos», como podría derivarse de tesis comunitaristas. Pues bien, en el «paisaje después de la batalla»³⁸ parece haber sitio para un republicanismo más moderado. Como una suerte de vía intermedia entre aquellos o, mejor, como una *interpretación más democrática* de la propia tradición liberal. El punto clave es la importancia que adquirirá el proceso político. Me parece que ello se condice, asimismo, con una visión más discursiva, o dialógica, de la moral frente al solipsismo kantiano. También, se avanzan algunos elementos en el plano de la racionalidad que habría que tener en cuenta y que, a diferencia de su contraparte, rebaja las fuertes exigencias de racionalidad individual implícitas en el legalismo.

En el segundo capítulo, aludiré a la concepción del poder político y, más específicamente, de la concepción del Estado de Derecho que manejaría cada una de

³⁷ Cf. TRIOLO, Lucía, *Legalismo e legalità*, Giappichelli, Torino, 2000, aquí pág. 14.

³⁸ Tomo la expresión del trabajo de PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *La polémica liberal-comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 1999.

estas propuestas³⁹. En el caso de la ideología legalista se sostendrá que maneja una «concepción restringida de Estado de Derecho». Con ello se quiere decir que la idea de legalidad selectiva que le mueve es una idea de legalidad emparentada con el liberalismo político, con aquella posición que defiende el carácter instrumental de las instituciones políticas, justificado en la medida en que respeta unos (pocos) derechos y libertades básicas⁴⁰. Para la ideología constitucionalista, se defenderá que la misma propugna una «concepción amplia de Estado de Derecho». Es decir se trata de un tipo de Estado de Derecho que profundiza en las exigencias así como en la dinámica política que debe cumplir⁴¹. Simplificando en exceso: mientras que su contraparte puede arreglárselas en su núcleo duro sin unos derechos de contenido económico y social, sin la satisfacción de necesidades básicas a cargo de los poderes públicos; la concepción amplia Derecho es más igualitaria y reivindicara, fundamentalmente, la participación política.

En el capítulo tercero me ocupo de otro punto que estimo relevante para contrastar las mencionadas ideologías. Dicho punto consiste en constatar si los derechos fundamentales se entienden prevalentemente para la defensa del individuo (*Abwehrrechte*) o si se les adscribe además y, en qué medida, una ‘función objetiva’⁴². Así, se destacarán los problemas de los derechos fundamentales en cuanto se utiliza la técnica de los derechos subjetivos para protegerlos. Es de esta forma con la que, sin embargo, se capta mejor su carácter deontológico, o mejor de resistencia, frente a las intervenciones del poder público y que está en el núcleo de lo que la visión legalista defendería. Por el contrario, la visión constitucionalista insistirá también en su «dimensión objetiva», en su carácter de valores, principios o instituciones. Pero sobre todo, nos hablará de su influencia en el Ordenamiento por el así llamado «efecto de irradiación»⁴³. En lugar de poner el acento en su carácter de «límites» –que, atención,

³⁹ Sobre los distintos modelos de Estado de Derecho, véase ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad de Jaén, 1999.

⁴⁰ Véase: RAWLS, John, “Las libertades básicas y su primacía” *Íd.*, *El liberalismo político*, cit., aquí pp. 326-409.

⁴¹ Véase: DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema*, núm. 125, 1995.

⁴² Véase: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, prólogo de R. De Asís Madrid, Dykinson, 2000, pp. 164 y ss.

⁴³ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986 [trad. con estudio introductorio de C. Bernal Pulido *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2ª ed., en castellano, 2007, pp. 461 y ss. (la primera edición es de 1993 a cargo E. Garzón Valdés)]

no se niega— se reivindicará para ellos *al mismo tiempo* una faceta de “límites positivos” o “criterios de actuación”. Se hablará de su vigencia al seno de las relaciones entre particulares, la famosa *Drittwirkung der Grundrechte*.

En todo caso, debe tenerse presente que para el legalismo lo que sería nuclear en la forma de comprender el Derecho es la idea de un poder estatal-soberano domesticado. Por otro lado, con la idea de su ‘dimensión objetiva’ no me quiero referir al carácter prestacional de los derechos. En realidad, como se ha hecho notar, *todos* los derechos fundamentales precisan o son prestacionales en un sentido amplio; es decir, todos precisan la organización estatal, procedimientos, instituciones, etc⁴⁴. Así que este no es el sentido, pues, dado aquí. Más bien, con lo que me gustaría destacar con la vertiente objetiva no es la idea de los derechos en tanto criterios de validez normativa que, bien puede aprehenderse desde el legalismo. No. Más bien la dimensión objetiva debe entenderse aquí como una suerte de ‘cualidad’ que poseen los derechos por la que se entienden como valores o fines que precisan ser satisfechos; y en los casos más extremos aún contra la voluntad de los individuos. Ésta sería su manifestación más fuerte de la noción de la dimensión objetiva, cuando los derechos fundamentales son medios para la integración de los individuos a los valores socialmente compartidos.

Luego, en el capítulo cuarto, se hablará del tipo o clase de regulaciones que deben estar presentes para llevar a buen puerto o satisfacer las pretensiones de cada ideología. Es importante señalar que resulta difícil sostener que las normas poseen una «estructura definida» en el sentido ontológico del término⁴⁵. No obstante, la intuición de que cumplen cierta función en el razonamiento, por sí misma, sirve para calibrar por qué tanto el legalismo como el constitucionalismo muestran una clara predilección por un tipo específico de norma. La primera destaca las reglas, que reafirma su visión deontológica. Se reclamará su necesaria presencia: que el Derecho en su núcleo, *deba estar* compuesto por este tipo de normas. La segunda, en cambio, tiene en los principios sus normas predilectas. Y ello es así porque poseen una

⁴⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 391 y ss.; por cuanto hace a los derechos sociales, véase: PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

⁴⁵ Para contrastar esta afirmación, de momento, véase: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Principios y derechos fundamentales” en: J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., aquí, pp. 235-268.

importante carga valorativa o axiológica por las que precisan ser ponderados, sopesados, caso por caso, para determinar su alcance. Al fijar nuestra atención en sus ‘normas estrella’ podemos entender parte de su apuesta a la hora de abordar el fenómeno jurídico; principalmente, por lo que hace a la forma de su aplicación. Ello va a repercutir en la práctica jurídica, entendida ésta como el funcionamiento del Derecho en su conjunto. En la medida en que un tipo de norma se destaque sobre la otra, parece cambiarse también el ‘centro de la decisión jurídica’: las reglas apuntan directamente a la centralidad del legislador en el esquema de división de poderes; mientras que los principios parecen dominio del juez.

Con todo, soy consciente de que aludir, sin más, a la polémica de la distinción entre principios y regla tampoco ayuda mucho dada la profusión con que este tema ha sido tratado. Aquí, más bien, me interesan las reglas en tanto dan al Derecho su carácter *ex ante*, formalista. Vuelvo a la teoría imperativa de las normas, de mandatos o prescripciones, porque, considero que la misma sigue estando en el núcleo del imaginario legalista. Sin embargo, para mi reconstrucción del imperio de la ley me valgo específicamente de la obra de F. Shauer porque permite sortear algunos problemas de aquella concepción de las normas. Por lo que respecta a los principios considero provechoso volver a la polémica sobre los viejos principios generales del Derecho. Entiendo que ella es ilustrativa en no pocos extremos para su versión contemporánea. Los principios como aquí se defenderá *abren* el Derecho a consideraciones morales y políticas y sobre todo brindan la base para una concepción argumentativa del Derecho. Entre las teorías principialistas que circulan en la actualidad, adopto la de R. Alexy porque, no obstante los puntos débiles de los principios como mandatos de optimización y, paradójicamente, *por ellos*; entiendo que es la que mejor se adecúa a la empresa constitucionalista.

En la última parte, en el capítulo V, me aventuro a señalar cuál sería el diseño institucional que podría adecuarse de mejor forma a ambas ideologías. Esto requiere de mayor explicación porque es muy probable que alguien se pueda llevar una sorpresa. Desde mi punto de vista, la empresa legalista se condice de mejor forma con un diseño institucional y con la concepción constitucional que atiende a las notas de lo que en los últimos tiempos se ha venido denominando constitucionalismo fuerte. Sostengo también que un diseño de constitucionalismo débil honra mejor tanto los

finés como la forma que busca desplegar la ideología constitucionalista. Esto puede parecer a primera vista contradictorio pero no lo es. En primer lugar, dejo de lado aquí la idea de una Constitución consuetudinaria o *à la* Reino Unido; como Constitución no escrita. La peculiaridad del modelo inglés, aunque siendo sumamente relevante para comprender la ideología legalista así como la polémica o los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la *Judicial Review* o del atrincheramiento constitucional; no está en la órbita de las ideologías que aquí estoy desarrollando. Aquí el hecho básico es que se parta de la existencia de una Constitución escrita. Lo que está a discusión es *su grado* de rigidez o su garantía.

Ahora bien, la cuestión fundamental a tener presente por cualquier diseño institucional es cómo se articulan las ideas fundamentales de autonomía individual y de autonomía pública. Esta sigue siendo una de las cuestiones más interesantes de nuestro tiempo: cómo «recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo» como dice Fioravanti⁴⁶. Si atendemos a la propuesta de este mismo autor, bien puede decirse que del espectro de posibilidades del legalismo tendería a la Constitución en tanto *norma fundamental de garantía*. Esto es, como una Constitución cuya finalidad es la de protección de unos derechos y libertades fundamentales, la limitación del poder. Con ello el ideal democrático se resiente; máxime cuando se defiende una concepción fuerte del mismo. Mientras que el constitucionalismo, por el contrario, vería a su Constitución en tanto *norma directiva fundamental*, esto es, como Constitución que no pierde, o mejor dicho, no debe perder, su condición de documento político por el cuál una comunidad ha definido, y sigue definiendo, los valores y principios bajo los cuáles organizar su convivencia. Se trataría más que de un producto acabado, de un proceso abierto, nunca definitivo o cerrado⁴⁷. Se reivindica la democracia entendida como auto-gobierno aunque no se coloca a ésta en un plano de preminencia o superioridad a la idea de derechos

⁴⁶ FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, [hay trad. al cast. de M. Martínez Neira, *Constitución. Desde la antigüedad hasta nuestros días*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2007, por donde se cita, aquí pág. 163-4].

⁴⁷ Véase: FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, [trad. cast. de M. Martínez Neira, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2003, *passim*.]

individuales, sino que le otorga *igual dignidad normativa* que aquellos. Ambos son, como diría Habermas, “co-originarios”⁴⁸.

Una pequeña nota final para cerrar esta introducción. Tal vez las preguntas más incómodas a las que tiene que hacer frente un doctorando, son aquellas que – quizá hechas sin mala intención– molestan demasiado en este trance. La primera, podría ser ¿cuándo vas a terminarla? La segunda es ¿sobre qué estás haciendo tu tesis? Cuando a mi formulaban esta última, no ‘veía’ mejor manera de explicarlo diciendo –a quienes tenían alguna formación en teoría y filosofía del Derecho– que en mi tesis intentaba una reconstrucción del legalismo y constitucionalismo en tanto ideologías⁴⁹. Seguramente ello no sea una respuesta satisfactoria, y muestra ya, a las claras, la empresa titánica –o mejor, ingenua– a la que he dedicado mis empeños. Sin embargo, espero se me dispense mi atrevimiento y podamos emprender juntos, a lo largo de estas páginas, una discusión fructífera. Creo que esta discusión es una de las más interesantes porque abarca todo un espectro de temas que últimamente han ocupado con fruición a los filósofos del Derecho en sentido amplio. Tienen profundas dimensiones políticas y morales y precisamente por ello, es que “la doble faz del Derecho”, es que aquí, finalmente, se manifestará con toda claridad.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez.*, cit., aquí pág. 172.

⁴⁹ Algún que otro me llevo a escuchar decir que mi tesis era algo así como los libros de Francisco Laporta (*El imperio de la ley. Una visión actual*) y el de Alfonso García Figueroa, (*Criaturas de la moralidad*) “juntos”. Sin embargo, es claro que no sigo “a pie juntillas” sus planteamientos y, en todo caso, no quisiera *ex culparme* en ningún sentido de lo que aquí estoy haciendo por cuenta propia.

GENERAL INTRODUCTION

– INTERNATIONAL MENTION –

This PhD dissertation represents the research project developed in order to receive the degree of Doctor in Laws. Let me begin this introduction by noting something that I regard as crucial. My purpose is to understand the legal phenomenon as a fact that is not isolated from any interference, whether moral or political. This understanding stems from the Professor G. Peces-Barba's school of thought. He emphasized that the legal phenomenon cannot be fully understood without considering its historical, social and cultural profiles. We, his students, were warned against excessive rationalisms which ignored, among other things, that legal phenomenon is also mediated by power⁵⁰. In my view, his "revised positivism" [*positivismo corregido*], that is illustrated with the incorporation of "higher values" [*valores superiores*] to the legal system⁵¹, can be explained in so far as it seeks to place a value-oriented world in the field of human culture in a given society⁵². Thus, within the trinomial *Ethics, Power and Law* the latter is not just naked coercion; that is to say, it embodies a point of view about justice (which, for him, it is the point of view of 'the public ethics of modernity'⁵³ [*ética pública de la modernidad*] and constitutional rights⁵⁴).

This is a questionable issue, indeed. Thus, from now on I will invite you to read what follows with caution. My proposal, explained in these pages, is to rebuild two ideologies that are present when addressing the legal phenomena within our society: 'legalism' and 'constitutionalism'. Needless to say, this is not a new proposal. A clear background on this approach can be found in J. Shklar's work *Legalism*⁵⁵; or in R. Dreier's work *Konstitutionalismus und Legalismus*, -where both ideologies are

⁵⁰ See: "Entrevista con Gregorio Peces-Barba", ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, en: *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 707-718.

⁵¹ See, PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1995.

⁵² *Ibid.*, pp. 24, 53-55.

⁵³ See: PECES-BARBA, Gregorio, "Ética pública y Ética privada", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997, *Id.*, *Ética, Poder y Derecho*, Madrid, CEC, 1991.

⁵⁴ See, PECES-BARBA, Gregorio, et. al., (coords). *Historia de los derechos fundamentales*, Siglo XX, Madrid, Dykinson, 2014.

⁵⁵ SHKLAR, Judith, *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1964

outlined. For the latter, both lines of thought are prevalent in any Constitutional and Democratic State; more importantly, these are derived from the “materialization” of such State. Due to the materialization, he adds, a dynamic of intense changes takes place. It is worth to mention specially one of them: legislation becomes a subordinated source of Law. To my mind, Dreier finds the crux of the matter: what we are really facing is an ideological problem or a legal politics. Moreover, he holds that the reason why the debate between both lines of thought festers is that these essentially recapture the old controversy, between Legal Positivism against Natural Law⁵⁶. In my view, this is a fundamental point.

Before defining constitutionalism and legalism let me just clarify one or two points. My proposal can only be properly understood if it is assumed that my starting point is a basic fact. Moreover, I should also clarify that in this dissertation there are no ethical absolute or incontrovertible essences of what constitutes “the right thing”; so to speak, what M. Weber called the “disenchantment of the world”⁵⁷, J. Rawls the “fact of pluralism”⁵⁸, or J. Habermas the “desecration of old ethical convictions by the complexity and variety of life forms”⁵⁹. There is nothing here like a “*the-values-oriented world*” - perfectly ordered in a hierarchy and ready to be discovered. Thus, I consciously am disassociating myself from moral realism. Nowadays, the major undertakings entail seeking to provide a framework of social stability in an era where all spheres of human existence are being shaped by intense changes. It is time for “Babel’s metaethics”⁶⁰. Notwithstanding, it is not entirely irrelevant how and by whom valuable or legitimate things are defined in our social relations and in the legal

⁵⁶ Cf. DREIER, Ralf, “Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten Juristinnen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat”, en: E. Dais, E. Jorgensen y A. E. Tay, (eds.) *Konstitutionalismus versus Legalismus*, ARSP-Beheft 40, 1991

⁵⁷ WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922) [cast. trans. *Ensayo sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 6^a. reimp. 2001, p. 238]

⁵⁸ RAWLS, John, *Political Liberalism*, New York, NY, Columbia University Press, 1993 [cast. trans. by A. Domènech, “La idea de consenso entrecruzado” en *Íd.*, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2^a ed., 2006, pp. 165 ff.]

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Suhrkamp, Verlag, Frankfurt am Main, 1992 [cast. trans. by M. Jiménez Redondo, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 5^a ed., 2008, p. 87.]

⁶⁰ See: WALDRON, Jeremy, “The irrelevance of Moral Objectivity”, *Law and Disagreement*, Oxford, OUP, 1999, p. 172

field. Once my cards are laid on the table, I will briefly describe the “discovery context” of this dissertation; which, in my view, may help to establish a “roadmap”.

I made my first scholarly approaches to one of the key issues of constitutionalism: the third party or the horizontal effect of constitutional rights [*Drittwirkung der Grundrechte*]. I did it in the form of a short research work addressing a discourse that despite its lack of due rigour, it revealed certain common features. I will try to offer a more accurate picture of such discourse. Firstly, since it was enhanced after the end of World War II, its epicenter is clearly located in Germany, - yet, it was also replicated in Italy⁶¹ and Spain⁶². Moreover, I consider that not only it implies the abandonment of some particular forms of conceiving what legal is but also the emergence of a new paradigm. This paradigm lies in the borderline between dogmatic philosophy and constitutional law. Now, on the *Drittwirkung* subject all those issues become intertwined when an idea, that would have been inconceivable before, is raised; namely, that constitutional rights could possibly have legal validity among inter-private relationships⁶³. Especially, it shows in a crystal-clear manner how crucial the fact of considering the following picture is: the picture of constitutional rights *competing with each other*. For this purpose, a new method of interpretation called balancing test is used. It makes legal reasoning to become clearly open to moral reasoning⁶⁴.

If we take it into account in addition to the fact that from the eighteenth century legal positivism has prevailed⁶⁵, it is not difficult to understand why some of whom deal with this issue are either against or indifferent to it. Such indifference arises not in relation to legal positivism itself, but in relation to the dialectic between it and its contrary. However, I call for a cautious approach when considering that the

⁶¹ See: ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992 [cast. trans. by M. Gascón Abellán, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (epílogo de G. Peces-Barba), Madrid, Trotta, 1995; ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “¿Crisis del positivismo jurídico?: dos respuestas italianas”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, núm. 2., 1993, pp. 113-154.

⁶² See, e. g. “Presentación” in: J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC-Ministerio de la Presidencia, 2004, pp. 9-14.

⁶³ See: HESSE, Konrad, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, Müller, 1988 [cast. trans. by I. Gutiérrez, *Derecho constitucional y derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995]

⁶⁴ See: ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cast. trans. by M. Aienza, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 139-155, p. 144

⁶⁵ See: GONZÁLEZ VICEN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIV, 1969, pp. 15-65, p. 20 ff.

so-called “new legal paradigm” is based on overcoming legal positivism. I do not think it is the case mainly because both, the intended old paradigm and the new one, are on two different conceptual levels. In addition, how legal positivism is defined matters as well as which theses are assigned to its traditional rival, natural law. In fact, establishing which their defining theses are is a controversial task. All in all, my proposal engages with the need of seeking “the concept” of Law; a task that, in words of J. Shklar, requires a certain amount of essentialism⁶⁶. The conception of Law offered here is subordinated to other non-purely-theoretical concerns. However, the possibility or the *need* for a conceptual analysis cannot be denied. The external point of view is too important to dispense with it.

To make matters more confusing, I must warn that a strictly dogmatic approach is not what these pages intend to offer. Neither am I interested in a particular legal system, -nor in a specific part of it⁶⁷. Rather, I address different notions present in the discourse that gives meaning to the Constitutional and Democratic States practice, which is where R. Dreier places legalism and constitutionalism. In my view, such notions seek to materialize certain regulative ideals that I consider to be at their base, -following the relevant literature. This approach will be built on the point of view of those who work with the legal-regulatory material (the “internal point of view”, in Hart’s terminology). Only from a point of view inside the practice, or one nearby, it makes sense to say that there are regulative ideals worth to be promoted⁶⁸. For participants in the complex practice of Law, Law can only be conceived as obliged or committed to achieving goals⁶⁹.

As I do not intend to do a theoretical study nor a dogmatic one, then my purpose is to deal with *ideologies*. But in what sense? Among the possible meanings of the term, I do not address the ones related to a Marxist line of thought, as “false

⁶⁶ SHKLAR, Judith, *Legalism*, cit., p. 20 ff.

⁶⁷ I think that Legalism and Constitutionalism could be understood also as “Particulars Jurisprudences”. See: WALDRON, Jeremy, “Can There Be a Democratic Jurisprudence” *Emory Law Journal*, núm. 58, 2008-2009, pp. 675-712.

⁶⁸ See: SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGrawHill, 1999, p. 69 ff. (arguing that “internal point of view” is more related to a theory of justice rather than legal theory).

⁶⁹ See: H. L. A., Hart, “Book Review to Morality of Law by Lon L. Fuller”, *Harvard Law Review*: DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, chapter 3, pp. 87-113.

consciousness” or “super-structure”⁷⁰. Here *ideology* is meant as a network of ideas, as “a more or less orderly whole of beliefs or values defended by a group of people with specific purposes”⁷¹. I think that everything said so far is useful to frame it as such. Constitutionalism could be summarized as an ideology that celebrates the so-called “re-materialization” of the Law⁷². And when it happens, a very fertile breeding ground, for complaining about the uselessness of positivism as a purely theoretical enterprise, is generated⁷³. The re-embodiment threatens, indeed, the prescriptivist semantic approach of Law offered by many versions of positivism. It is paradoxical that the theoretical position that prides itself on explaining the Law as it is, does not in fact explain it at all. The reasons for this lack of explanation is due to the radical external point of view taken, which becomes more and more useless when the practice of Law itself is conceived as a matter of principle: namely, when the Law that *is* does not differ from the Law that *should be* anymore.

Some positivists can, and indeed do ignore the aforementioned. The misunderstandings are mainly caused by not addressing rigorously the great dichotomy *Sein-Sollen*, between *describing* and *prescribing*; namely, of being unable to isolate Law from moral or political considerations. However, other positivists have abandoned their puritanism -not entirely detached from paradox, in order to claim that certain principles lurk behind. Indeed, the “Normative or Ethical Positivism”⁷⁴, is at odds with all those who refuse to see the positivist enterprise as lacking in values or as an outsider. This kind of Positivism reinforces its position by defending a political agenda, -showing its deep ideological side. But an explanation is needed: in what sense positivism has acknowledged its “ideological” side? The question relates not to “ideological positivism”, as identified by N. Bobbio; that is, as “ideology of justice” (where the Law, by virtue of its very existence, creates a moral obligation of

⁷⁰ See: SINOPWICH, Christine, “Law and Ideology”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, on line; see also: LA TORRE, Massimo, *Law as Institution*, Springer, Dordrecht, 2010, (contrasting many points of view about ideology).

⁷¹ Cf. RAILTON, Peter, “Ideology”, en: Honderich, Ted, (ed.), *The Oxford Guide to Philosophy*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2nd edition, 2005, pp. 419-420.

⁷² For this idea of “re-materialization” of law, see the excellent account in: LA TORRE, Massimo; “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea” *RCEC*, núm. 16, 1993, p. 67; HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*. cit., p. 535 ff.

⁷³ See: PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

⁷⁴ Ethical or Normative Positivism has an important antecedent in the work of leading Italian legal scholar Uberto ScarPELLI. See: SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, (1965), ed. de A. Catanea y M. Jori, Roma, Editoriale Scientifiche Italiane, 2008.

obedience⁷⁵). To avoid confusion, the term “positivist ideology”⁷⁶ can be used instead; it refers to an ideology that not only does it advocate for establishing which the inspiring values of a legal system should be but also for how should it be designed, coordinated and managed⁷⁷. All in all, I am now in a position to address what I mean by legalism and constitutionalism.

Notwithstanding the observations below, I will attach legalism to a way of articulating the Law whose touchstone is the notion of individual autonomy. Its view of legal institutions is close to the ideology of the *Rule of Law*⁷⁸. It stresses that Law should basically and fundamentally be a matter of rules and rule-following⁷⁹. On the other hand, by constitutionalism I mean the ideology consisting of the *Rule of the Constitution*, to say, of all its values and principles -implying with “all” especially its egalitarian contents. It can be linked -in a sense that will be shaped below, to the movement renamed by the Genoese school as “neo-constitutionalism”⁸⁰. In such a way, both legalism and constitutionalism, present us with two conflicting ways of conceiving the Law. May I insist: the ones presented are not proper “theories”. Their status is not governed by the generality and description of their subject. These do not address every conceivable Law anytime, anywhere. Despite the latter, ideologies assume -or may assume- a particular concept of Law according to pragmatic considerations. So to say, they are normative proposals on how the Law should be⁸¹; proposals linked to a large body of political and moral traditions and its “essentially contested concepts”⁸². Thus, the hypothesis of this paper is as follows: in order to

⁷⁵ See: BOBBIO, Norberto, “Formalismo jurídico y formalismo ético”, *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. by A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991, pp. 105 ff.

⁷⁶ See: RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Positivismos ideológico e ideología positivista”, en: J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla, (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, pp. 457- 479.

⁷⁷ Cf. BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho* cast. trans. by E. Roza Acuña, Madrid, Debate, p. 26; in the same vein: *Id.*, “Filosofía del Derecho y teoría general del Derecho”, *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., p. 88

⁷⁸ For a critic account of this relation, see: FINEMAN, Martha Albert, *The Myth of Autonomy. A Theory of Dependency*, New York N.Y, New Press, 2004, p. 9 ff.

⁷⁹ This is the definition given by J. Shklar. See: *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, cit. p. 1.

⁸⁰ See: POZZOLO, Susana, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli Editori, 2001, [cast. trans. VV. AA., *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra Editores, 2011, pp. 7-9];

⁸¹ See: Gallie, Walter Bryce, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56, (1956), pp. 167-198.

⁸² See: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J. “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 91-114; IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos

understand the *meaning* of the ideological proposals that I rebuild here, we must be guided by the various conceptions of the aforementioned elements.

This dissertation consists of five chapters. Each chapter contains a section, devoted to legalism first and then to constitutionalism, with five points to develop. As far as possible, a nuanced presentation of the various positions mentioned above will be offered here but trying not to fall into the known “straw man” argument. Each section will display a mirror in which its counterpart can be reflected so as to be in a position to compare the key points of each proposal ideals, namely, those of the Rule of Law with those of the Constitution. Needless to say that this research aims to offer “contrasting points” suitable to outline models of a complex practice. Only in this broad sense -encompassing the abovementioned elements, is that the differences can be noticed. It is likely that, incidentally, in a rigorously conceptual sense one thing is not derived from the other⁸³. Despite this warning, I view my reconstruction as a useful tool to balance current debates, not only -again- in the field of legal theory (to which these developments are not unfamiliar) but also, and especially, in that of *legal politics*.

The first chapter begins with proposing a “key notion” for each ideology to be articulated. In relation to legalism guiding concept proposed is the notion of individual autonomy. As noted by Neil MacCormick and J. Shklar, or F. Laporta in Spain, among others, it is inspired by the very concept, the value, of individual autonomy⁸⁴. A concept that gives meaning to this way of thinking about the Law, which, as such, is under what traditionally has been referred to as the “principle of legality” -not in the sense of a single standard, but in the sense of a constellation of principles⁸⁵. Regarding constitutionalism, I propose the republican conception of freedom as a “starting point” – which may raise objections. Yet, as often highlighted, this way of understanding freedom aims to balance the idea of negative liberty as

esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104, p. 80 ff.

⁸³ On contrary, among us, professor F. J. Ansuategui defends a conceptual connection between constitutional rights, democracy and a particular conception of the rule of law. See: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *De los derechos y del Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, cit., p. 15.

⁸⁴ Cf. MACCORMICK, D. Neil, “The Ethics of Legalism”, *Ratio Juris*, núm. 2, vol. 2, 1989, pp. 184-193, p. 192.

⁸⁵ Cf. TRIOLO, Lucia, *Legalismo e legalità*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 14.

“non-interference” and the idea of “positive liberty”: namely, to balance “private autonomy” and “public autonomy”. Its core idea is that individuals, and their rights, can only be realised if they, in turn, live in free political communities. Freedom as such, from this point of view, is not incompatible with interference or domination but with arbitrary power.

In the section on personal autonomy, its Kantian and modern origins as well as how close it is to the liberalism project will be addressed –with a focus on ethics as the architect of human life, choices and decisions. A more detailed explanation will be provided in relation to the republican idea of liberty. First of all, let me return to the debate on the limits of the moral project of liberalism, between “liberals” and “communitarians”. In my view, such debate is important as far as it allows us to weigh the arguments while highlighting the dangers of the possible return to “pre-modern” stages -as it could be the case of the communitarian thesis. Now, in the “landscape after the battle”⁸⁶ it there is still room for a more moderate Republicanism -understood as a kind of midway between liberals and communitarians, or rather as a *more democratic interpretation* of the liberal tradition itself. The key point is the significance that the political process gets to acquire. Moreover, for me, this point is in harmony with a more discursive or dialogical articulation of morality, opposed to the Kantian solipsism. Some elements of rationality are to be considered as a way of, unlike its counterpart, reducing the strict requirements of individual rationality that legalism entails.

In the second chapter, I will focus on the concept of political power and, more specifically, on the concept of the rule of law implied in each of these proposals⁸⁷. Regarding legalistic ideology, for me, it applies a “narrow conception of rule of law”, meaning that the idea of “selective legality” [*legalidad selectiva*] involved is closely related to political liberalism (referred to the approach that defends the instrumental nature of political institutions -justified in so far as it respects some (few) rights and

⁸⁶ I take the “image” from the work of: PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *La polémica liberal-comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 1999.

⁸⁷ See: ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad de Jaén, 1999. (Developing an accurate account about different models of the Rule of Law)

basic freedoms)⁸⁸. Regarding constitutionalist ideology, I consider it applies a “broad conception of rule of law”: it is a kind of rule of law that elaborates on the requirements as well as on the political dynamics that must be met⁸⁹. In a nutshell: while its liberal counterpart can work in a hard core without economic and social rights as well as without meeting basic needs; the wide conception of rule of law is more egalitarian and demands greater political involvement.

In Chapter III I deal with a relevant point to contrast the above ideologies. This point is to determine whether constitutional rights, mainly understood, are only subjective rights to protect individuals [*Abwehrrechte*] or they are also ascribed, and to what extent, to an “objective function”⁹⁰. Thus, what I will highlight here is which are the problems in relation to constitutional rights that arise as a result of the use of subjective rights as a protection device. This approach is also the most useful way to capture their ethical nature, or better their resistance against intervention of the government –which is at the core of legalistic arguments. By contrast, the constitutionalist approach also insists on its “objective dimension”, its nature of “values”, “principles” or “institutions”; yet, it emphasizes his influence on the legal system as a result of the “radiating effect”⁹¹. Instead of putting the emphasis on its nature of “limits” –which I do not deny, I will demand for the constitutional approach a “promotional role” *at the same time*. I will address the issue of the duties of protection by the authorities as well as its validity with reference to the relationships between individuals, namely, the well-known *Drittwirkung der Grundrechte*.

In any case, please note that for legalism what is crucial in the way of understanding the law is the idea of a domesticated sovereign state power. Also note that when I refer to the idea of his “objective dimension” I do not imply rights to positive state actions (entitlements in the wide or narrow sense). Indeed, as noted, *all* constitutional rights needs a positive state action, in a broad sense; so to say, all of

⁸⁸ See: RAWLS, John, “Las libertades básicas y su primacía” *Íd.*, *El liberalismo político*, cit., pp. 326-409.

⁸⁹ See: DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema*, núm. 125, 1995.

⁹⁰ See: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, prólogo de R. De Asís Madrid, Dykinson, 2000, pp. 164 ff.

⁹¹ See: ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986 [cast. trans. by C. Bernal Pulido *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2^a ed., 2007, pp. 461 y ss]

them need the state organization, procedures, institutions, etc⁹². However, that is not what I mean to address here. What I would like to emphasize in the objective aspect is not the idea of rights as normative validity criteria –which may be better apprehended from legalism. Rather the objective dimension should be understood here as a kind of “quality” embedded in constitutional rights that make them be considered as “values” or “ends” that need to be satisfied –even against the will of individuals, in extreme cases. This would be the strongest side, the most anti-liberal side, of the notion of the “objective dimension”, where constitutional rights are means for the integration of individuals to socially shared values.

Chapter IV will be devoted to set out which kind of norms should be present so that each ideology successfully achieves their aims. It should be noted the difficulties in claiming that every law has a “defined line structure” -in the ontological sense⁹³. Notwithstanding, the insight that norms play certain role in the reasoning itself leads to a better understanding of why both, legalism and constitutionalism, express a clear preference for a specific type of norm. The former emphasizes the rules, reaffirming its ethical vision. Their presence is necessary: the Law in its core *should* consist of such rules. The latter, however, prefers legal principles due their important evaluative or axiological load, needed to be “balanced” case by case their scope. By paying attention to their “leading rules” we can understand part of their approach when addressing the legal phenomenon -mainly in relation to its implementation procedure. This has an impact on the legal practice, understood as the operation of the law as a whole. When a kind of rule is emphasized over the other, the “centre of gravity the legal decision-making” is altered as a result: while rules point directly to the centrality of the legislature in the scheme of separation of powers, the legal principles are in the domain of the judges.

However, I am aware that the simple fact of alluding to the controversy of the distinction between principles and rules does not help much, given how fully has this subject been dealt with before. Here, I am rather interested in rules insofar as these

⁹² See: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 391 ff.; On social and economics rights, see: PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

⁹³ See, for instance: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Principios y derechos fundamentales” en: J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 235-268.

grant an *ex ante* nature –a formalistic one, to the Law. I return to the command theory of law, seen norms as commands or prescriptions, because I believe that it remains at the core of legalistic imaginary. For my reconstruction of the rule of law I specifically use F. Shauer work in order to overcome some problems derived from that conception of rules. With regard to the principles I return to the old debate about general principles of law. I consider it is a valid pathway to build its contemporary version. The principles, as depicted here, makes Law *open* to moral and political considerations as well as provide the basis for an argumentative conception of law. Among theories of legal principles circulating today, I adhere to the R. Alexy one because despite the weaknesses of the principles as “optimization requirements” -and, paradoxically, due to *them*, I understand it is the best suited to the constitutional enterprise.

In the last part, Chapter V, I point out the institutional design that best fits both ideologies. As it may come as a surprise for some, I will provide a further explanation. From my point of view, the legalistic company is in better harmony with an institutional design and constitutional conception meeting the features of what has recently been called “strong-constitutionalism”. I also claim that a weak constitutionalism design pays a better tribute to both the ends and the means included in constitutionalist ideology. This may seem contradictory at first sight but it is not. First, I leave aside here the idea of a customary or *à la* UK Constitution, as unwritten constitution. The distinctiveness of the English model, albeit still highly relevant to understand the legalistic ideology and polemics or arguments for and against the *Judicial Review* or constitutional entrenchment, is not in the orbit of the ideologies that I am developing here. Here the starting point must be the existence of a written constitution. What is at issue is its *degree* of rigidity or its judicial protection.

However, the key issue in any institutional design is: how the fundamental ideas of individual autonomy and public autonomy are articulated. This still is one of the most interesting issues of our time: how to “restore the great divide between democracy and constitutionalism” as Fioravanti⁹⁴ states. Regarding this author’s proposal, legalism choses to consider the Constitution as *norma fundamentali di*

⁹⁴ See: FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, [cast. trans. by M. Martinez Neira, *Constitución. Desde la antigüedad hasta nuestros días*, 2^a ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 163-4].

garanzia; that is, as a Constitution with the purpose of protecting rights and freedoms while limiting power. As a result, the democratic ideal suffers, especially when dealing with its strong conception. By contrast, constitutionalism considers the Constitution as a *norma direttiva fondamentale*, that is, as a Constitution that does not lose –rather, that should not or cannot lose, its status as the political document used by a community to define the values and principles of its peaceful coexistence. The best way to define such Constitution is “a work in progress”, an open product, an endless process⁹⁵. Democracy is claimed to be a self-government, - yet, not in the sense of being superior to the idea of individual rights. Rather, it is granted the *same normative worth*. Both are, as Habermas stated, “co-originating”⁹⁶.

Let me finish this introduction briefly making a last point. As a PhD student I have constantly been asked two key questions during these years: when will you be done? What are you writing about? Well, to the latter, my easiest way to answer was (provided that who asked had some idea of my realm of study) with this speech: “in my thesis I attempt to achieve a reconstruction of legalism and constitutionalism, in terms of ideologies”. Such an answer is not for sure a satisfactory one, but it showed, from the very beginning, the enormous challenge I was eager to face, -little did I know what it really implied. So, please, forgive my boldness and I hope we will be able to travel together throughout these pages for a fruitful discussion. I consider this one of the most interesting discussions because its scope. It covers a wide range of issues already addressed by philosophers of law in the past. Those issues have profound political and moral dimensions which is the reason why “the double face of the law ” will be clearly unveiled here.

⁹⁵ See: FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, [cast. trans. by M. Martínez Neira, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 4^a. ed., Madrid, Trotta, 2003, *passim*.]

⁹⁶ See: HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez.*, cit., p. 172.

CAPÍTULO PRIMERO

UN PRINCIPIO REGULATIVO COMO PUNTO DE PARTIDA

1. LEGALISMO: LA NOCIÓN DE AUTONOMÍA INDIVIDUAL

Para entender el núcleo del legalismo hay que partir de un ideal determinado y que no es otro que el de la autonomía personal. Dicho brevemente, en su base está la idea del individuo como agente moral que decide, que elige, y pasa por el tamiz crítico de su experiencia su proyecto de vida. La noción autonomía es, como dice MacCormick, el fundamento del legalismo⁹⁷; su «postulado de justificación y criterio de orientación para delimitar el campo de significado del imperio de la ley»⁹⁸, de ahí su importancia. Ahora bien, se trata de una noción muy amplia que tiene gran calado en la filosofía moral y política, que presenta unos perfiles no del todo exactos tal y como veremos más adelante. Una noción muy disputada –un «concepto esencialmente controvertido»⁹⁹– que resulta de interés también para la filosofía de la mente, la psicología y otros ámbitos. En esta parte lo que me propongo es indagar sobre la que ha sido llamada concepción restringida de la autonomía, la que, me parece, es la idea nuclear en torno a la cual giran las contribuciones a este propósito. Desde ahora debe decirse que no se hará aquí un análisis exhaustivo de todas aquellas fuentes donde pueda rastrearse tal noción. Lo que interesa, más bien, es tener un marco de referencia sobre el cual trabajar e ir perfilando sus diversas manifestaciones en el ámbito político y jurídico. Todo ello con la intención de estar en mejores condiciones de analizar de modo provechoso su relación con el ideal del imperio de la ley.

1.1 SUJETO AUTÓNOMO Y MODERNIDAD

⁹⁷ . MACCORMICK, D. Neil, “The Ethics of Legalism”, *Ratio Juris*, núm. 2, vol. 2, 1989, pp. 184-193, aquí pág. 184.

⁹⁸ LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pág. 18.

⁹⁹ En este sentido, CLARKE, Paul B., *Autonomy Unbound*, London, Ashgate, 1999, p. 11.

En primer término, estimo oportuno tener presente que las ideas de las cuales se nutren las diversas concepciones de la autonomía se sitúan en los albores del mundo moderno, en el periodo que G. Peces-Barba ha llamado «tránsito a la modernidad»¹⁰⁰. Se trata de un periodo marcado por transformaciones profundas en los más diversos órdenes –v. gr. sociales, económicos, políticos, tecnológicos y culturales–. Así, por ejemplo, la ruptura del orden social estamental, la aparición del Estado moderno, el ascenso de la burguesía, la incipiente aparición del capitalismo, la Reforma protestante o el desarrollo de las ciencias, entre otros, contribuirán –en sus complejas interacciones– a fraguar la conciencia del hombre moderno¹⁰¹. Todo ello desembocará en la importancia radical del individuo, de la persona; de su capacidad de iniciativa que se ve reflejada en varios ámbitos de la vida¹⁰². Hablamos de todo aquello que haya contribuido a forjar dicha concepción, es decir, la concepción «del hombre centro del mundo y centrado en el mundo y que desarrolla su itinerario intelectual y vital»¹⁰³.

Ahí es donde se asienta la base de la cual partimos y que encuentra en I. Kant su manifestación más diáfana¹⁰⁴. Así, en su respuesta a la pregunta *Qué es la*

¹⁰⁰ Véase: PECES-BARBA, Gregorio, “Transito a la modernidad y derechos fundamentales”, en: G. Peces-Barba y E. Fernández (dirs.) *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid-IDHBC, Dykinson, 2003, pp. 215-263. En efecto, durante este periodo comienza a desarrollarse una determinada concepción de la moralidad, de la moral humanista de la libertad y de la dignidad, o como enfatiza el Prof. Peces-Barba en otro trabajo (“Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, *Íd., Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, Universidad Complutense, 1988, pp. 227-264, aquí pág. 229., “las exigencias derivadas de la dignidad humana sólo se plantean desde el punto de vista de los derechos fundamentales en el mundo moderno, en el contexto político, social, económico y cultural que sirve de catalizador en torno a diversos problemas, tolerancia, límites al poder y humanismo en el campo procesal y penal, y con la evolución que sólo se entiende situada en la historia”.

¹⁰¹ Véase: PECES-BARBA, Gregorio y DORADO PORRAS, Javier, “Derechos sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en: G. Peces-Barba, E. Fernández y R. De Asís (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, siglo XVIII, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2001, pp. 8 y ss.

¹⁰² PECES-BARBA, Gregorio, “Transito a la modernidad y derechos fundamentales”, cit., pág. 23.

¹⁰³ Véanse: PECES-BARBA, Gregorio, “De la miseria del hombre a la dignidad humana”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 84, 2007, pp. 167-180, aquí, pág. 169; *Íd.*, “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana, AA. VV., *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2005, pp. 15-36, aquí pág. 17. Estas tesis ya las había avanzado también en otro trabajo: *La dignidad humana desde la filosofía del Derecho*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2002.

¹⁰⁴ La fórmula *Sapere Aude!* es sin duda la más aludida para sintetizar el proyecto ilustrado. Entre otras que he podido encontrar, resulta interesante la referencia que I. Sotelo hace a Jorge Luis Borges. Según Sotelo, Borges “ha definido modernidad con toda precisión y contundencia en su sentido originario: ‘Me creo libre de toda superstición de modernidad, de cualquier ilusión de que ayer difiera íntimamente de hoy o diferirá de mañana). La modernidad consiste en pensar que el ayer difiere radicalmente de hoy

Ilustración (1784), nos dice que ésta no es sino «la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. *Sapere Aude!* Ten el valor de servirte de tu propia razón. He aquí el lema de la ilustración»¹⁰⁵. Kant da un paso decisivo al vincular al hombre –que para él es un fin en sí mismo– con la idea de autonomía en el sentido de que no necesita más utensilios para andar; en otras palabras, le confiere ‘mayoría de edad’. Ello va a implicar, en definitiva, que se tenga al individuo como plenamente responsable de su destino, de sus acciones y elecciones. Le otorga conciencia y poder para actuar conforme a la razón¹⁰⁶. Esta última facultad es lo que le distinguiría de otros animales, es decir, «la que hace del hombre un ser humano, el rasgo distintivo que avala la pertenencia de los individuos a una peculiar especie, a una gran familia cuyas señas de identidad colectivas se cifran, precisamente, en la racionalidad: el género humano»¹⁰⁷.

1.2 KANT Y LA AUTONOMÍA

Pero avancemos en nuestra exposición. Para ello propongo indagar un poco más en la noción de autonomía que, como se ha dicho, suele retrotraerse a la filosofía moral de

y que el mañana de ningún modo será igual al hoy. La historia se concibe como una marcha continua desde un origen a un fin, ambos conocidos en sus líneas generales”. SOTELO, Ignacio, “Estado moderno”, en: E. Díaz y A. Ruíz Miguel, *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, EIF, Madrid, Trotta, 1ª reimp. 2004, pp. 15-23, aquí pág. 26. Véase también: VON WIESE, *La cultura de la Ilustración*, trad. y prólogo de E. Tierno Galván, Madrid, CEC, 1979.

¹⁰⁵ Véase: KANT, Immanuel, ¿Qué es la Ilustración? en: *Íd.*, *Filosofía de la Historia*, trad. de E. Ímaz, México, FCE, 1981, aquí pág. 25.

¹⁰⁶ Me parece muy ‘ilustrativo’ el *relato* de A. Cortina al respecto: “Era el amanecer de un tiempo nuevo, que llevaría sin remisión a un mediodía radiante, porque –ésta era la fe de los ilustrados– porque una vez experimentando la grandeza de pensar con audacia, ya no querrá retroceder hacia la cobardía, una vez ha roto las cadenas del pensamiento esclavo, nadie podrá convencerle que las calce de nuevo”.

“Había llegado con todo ello la *Era de la libertad*, o ésta era al menos la fe ilustrada. Una fe razonable, como cualquier fe que se precie, porque fiaba ese final feliza al progresivo éxito de cinco nuevas claves de la sociedad: la *autonomía* de las personas, la capacidad que cada uno tiene de regirse por sus propias leyes, rechazando las leyes impuestas; la *civilidad* de los ciudadanos, la virtud por la que se hacen responsables de la vida pública, que es a fin de cuentas cosa suya; la *legitimidad* de unas leyes, promulgadas teniendo en cuenta lo que todos y cada uno de los ciudadanos podría querer; la *justicia* de las instituciones, atentas al principio de imparcialidad, que no hace acepción de las personas; y la *tolerancia* de las religiones, dispuestas a descubrir aquellos valores en los que coinciden, a respetar a aquellos en los que discrepan, sin hacer dejación de ellos”. Véase: CORTINA, Adela, *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 11-12.

¹⁰⁷ PÉREZ-LUÑO, Antonio E., “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, cit., aquí pág. 452.

I. Kant¹⁰⁸. En varios escritos, el filósofo de Königsberg caracteriza la autonomía como auto-legislación, esto es, piensa que somos autónomos en el sentido de que nosotros mismos legislamos la ley moral. Al mismo tiempo, no depende de la auto-legislación, sino que se considera necesaria y universal¹⁰⁹. Recuérdese, a modo meramente ejemplificativo, cómo en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785) sostuvo que: «la autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley»¹¹⁰. Es decir, para él la autonomía implicaba la capacidad de autodeterminarse según una ley que derivaba de su capacidad de autolegislación. Con todo, la idea de autonomía kantiana no es tan clara como parece y por ello es objeto de no pocas controversias.

En efecto, algunos autores señalan que existen, al menos, dos concepciones de libertad en Kant: entendida como libertad de voluntad o arbitrio (*Willkür*) humano y autonomía de la voluntad racional legisladora (*Wille*) ambas sometidas, como toda su obra, a una amplia gama de interpretaciones. Además, no se aprecia en la obra del célebre autor continuidad sistemática en la exposición y tratamiento de los dos términos¹¹¹. En una aproximación, dichas concepciones pueden entenderse de la siguiente manera: la primera, la libertad electiva o ‘arbitraria’, es meramente negativa y de carácter sensible (atribuible a los seres humanos empíricos); mientras que la segunda es la autonomía o autolegislación de la voluntad racional, la capacidad de ésta de darse a sí misma una ley *a priori*, que es capacidad del sujeto en tanto inteligible (legislador moral); esta libertad inteligible o ‘racional’ es la libertad positiva¹¹². ¿Ello quiere decir que la auténtica noción de autonomía no se predica del individuo sino de algo externo a él? Vaya por delante que esta lectura ha sido muy disputada tomando en cuenta el entramado general de la obra kantiana¹¹³.

¹⁰⁸ CHRISTMAN, Jonh, “Introduction”, en: *Íd.* (ed.) *The Inner Citadel. Essays on Individual Autonomy*, Oxford, OUP, 1989, pp. 3-23, aquí pág. 14.

¹⁰⁹ SIECKMANN, Jan R., “El concepto de autonomía”, *Doxa*, núm. 38, 2002, pp. 465-484, aquí pág. 468.

¹¹⁰ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (1785) trad. de M. García Morente, Madrid, Ed. Encuentro, 2003, aquí pág. 82.

¹¹¹ Cf. COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Madrid, CEPC, 1995, pág. 28 y ss.

¹¹² *Ídem.*

¹¹³ Como señala BOBBIO, Norberto (“Kant y las dos libertades”, trad. de A. Ruiz Miguel, en: *Íd.*, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 3ª. ed. 2009, pp. 113-126, aquí pág. 117) la principal dificultad de interpretar la teoría kantiana reside “en la diferencia entre las definiciones explícita e implícita de la libertad jurídica, es decir, entre la definición que el propio Kant ofrece a sus lectores y la que el intérprete puede inferir del significado global de su teoría”.

No resulta difícil advertir que gran parte de la polémica puede atribuirse tanto a sus múltiples interpretaciones como a la cercanía de la idea de autonomía con las de dignidad y libertad¹¹⁴. En estos casos, una forma de arrojar algo de luz sobre la idea es comenzar con aquellas propuestas que nos invitan a considerar lo que la idea kantiana de autonomía no sería; es decir, intentar su caracterización de modo negativo¹¹⁵. Con tal finalidad, en lo que sigue me voy a basar en un trabajo de T. Hill. Pues bien, según este autor hay que descartar, en primer término, vincular la noción de autonomía con la de ‘madurez psicológica’, esto es, como característica atribuible solo a algunas personas¹¹⁶. Así entendida, las personas serían autónomas en distintos grados y dicho grado podría determinarse con base en evidencia empírica. Es decir, la autonomía sería un dato variable y, sobre todo, comprobable empíricamente en base a lo que las personas hacen o dicen en determinadas circunstancias. No obstante, existen diferencias cruciales entre la concepción kantiana y esta versión. Kant, frente a este punto de vista psicológico, no trata la idea de autonomía como cuestión empírica ni graduable, pues la concibe como “*Idea*” of Reason, esto es, como una propiedad de la razón que apriorísticamente poseen todas las voluntades racionales¹¹⁷. Se trata de algo que o bien se posee o bien no se posee¹¹⁸.

En segundo término, habría que descartar aquellos planteamientos que hablan de autonomía como si de un derecho se tratase. Según este planteamiento, ser autónomo es tener un derecho moral a tomar cierto tipo de decisiones por uno mismo, un derecho a controlar ciertos aspectos de la vida propia sin interferencias. Supuestamente, la analogía que aquí funciona es la de autonomía de las comunidades políticas o Estados y según la cual son autónomos no porque sean gobernados de una

¹¹⁴ Un análisis detallado de tal aspecto en la obra kantiana sobrepasa nuestros objetivos. Con tal finalidad puede verse el enciclopédico estudio sobre la noción de dignidad humana en Kant –y sus correlaciones con la idea de autonomía y libertad– en la tesis doctoral de PELÉ, Antonio, *Filosofía e Historia en el fundamento de la dignidad humana*, Universidad Carlos III de Madrid-IDHBC, 2006, esp. cap. IV: “El florecimiento de la dignidad humana en Kant”.

¹¹⁵ Sigo aquí la estrategia utilizada por ÁLVAREZ, Silvina, *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, Madrid, CEPC, 2002, pág. 233 y ss.; quien acude, a su vez, al trabajo de Thomas Hill para ordenar su exposición.

¹¹⁶ HILL, Thomas E., “The Kantian Conception of Autonomy” en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., pp. 91-105, aquí pág. 92 y ss.

¹¹⁷ Cf. HILL, Thomas E., “The Kantian Conception of Autonomy”, cit., aquí pág. 93

¹¹⁸ Uno de los inconvenientes del presente enfoque es que, trasladado a las instituciones, resulta muy estrecho en la medida en que justifica exclusiones. En el caso de Kant es paradigmática su defensa del voto censitario.

forma u otra, sino porque tienen el derecho a que otras comunidades políticas o Estados no interfieran en sus asuntos internos. Este sentido de autonomía como derecho, está presente cuando la gente se opone a aquellas leyes que se imponen para hacer cumplir estrictas normas morales [*blue-laws*], cuando se opone a las amenazas coercitivas o a cuando expresa su malestar a causa de la mentira que tenga la intención de manipularles –por bien intencionada que sea– por violar su autonomía. Sin embargo, nos dice Hill, la autonomía como Kant la concebía no es un derecho propiamente sino una «propiedad de todas las voluntades racionales»¹¹⁹.

En su exposición Hill propone también diferenciar la noción kantiana de autonomía de aquellas otras propuestas que pueden rastrearse en los escritos de otros filósofos. En este marco, propone diferenciar aquélla de la que denomina ‘autonomía sartreana’. Según ella, la autonomía consistiría en negar en parte que las elecciones humanas están sujetas a determinación causal: decidimos libre de determinación por la ordenación de factores causales que funcionan en un plano no-humano. Es decir, Sartre no niega la autonomía como capacidad de elección, pero la hace depender de diversos factores. De hecho, el sartreano hace suya la crítica kantiana a la aceptación irreflexiva de normas tal y como nos son dadas; sea por la tradición, por mandato divino, por la naturaleza humana y, al igual que Kant, lo hace en nombre de la ‘libertad’. A pesar de lo anterior, en la idea sartreana se pierde también el elemento esencial de la propuesta kantiana. A saber: el compromiso del agente con los principios racionales de una clase especial. En la visión de Sartre se tiene que elegir entre diversos principios, mientras que en la kantiana lo haría de unos principios únicos de la razón objetiva¹²⁰.

En esta misma línea, con algún matiz, estaría la idea de ‘libertad moral’ de J. J. Rousseau. Tal idea tiene su germen en la visión de que tal libertad se lograría en un estado ideal en el que todas las leyes estén respaldadas por la ‘voluntad general’ de un pueblo. Para obtenerla, sostiene Rousseau, es necesario y racional abandonar la ‘libertad natural’ para unirse a otros en un contrato social¹²¹. Cuando hay una voluntad

¹¹⁹ Cf. HILL, Thomas E., “The Kantian Conception of Autonomy”, cit., aquí pág. 93.

¹²⁰ Cf. HILL, Thomas E., “The Kantian Conception of Autonomy”, cit., aquí pág. 94.

¹²¹ La interpretación de Hill puede matizarse. Como se sabe, para Rousseau el hombre en el estado de naturaleza, al no estar contaminado de ‘civilización’, era, por así decir, “esencialmente bueno”. En su obra capital, el *Contrato social*, lo que presenta es una suerte de remedio contra las desigualdades y opresiones de todo signo –económico, político, etc.– que surgen y se reproducen precisamente en las

general detrás de todas las leyes, las leyes son aprobadas, al final, por la ‘voluntad pública’ de cada ciudadano, esto es, por los ciudadanos de ‘espíritu-público’, dejando de lado los intereses privados o particulares para apuntar al bien común. Si un ciudadano ‘privado’, o egoísta, rehusa obedecer esas leyes puede ser coaccionado a obedecerlas, lo que, como dice Rousseau, no es más que ‘obligarlo a ser libre’¹²². El sentido relevante de libertad aquí, nos dice Hill, es el de ‘libertad moral’, que es la condición de ser obligado únicamente por las leyes que uno mismo se da¹²³.

La anterior idea de libertad moral perdura, sin duda alguna, en Kant. La deuda de Kant con Rousseau es a menudo destacada, como observa Hill¹²⁴. Lo importante a retener es su dimensión profundamente *política*. Esto es la dimensión política de la idea de ‘ser obligado sólo por las leyes que uno mismo se da’: la obligatoriedad es respaldada por la autoridad, pudiéndose darse leyes a sí mismo al participar en un proceso político de manera informada y con espíritu cívico¹²⁵. Las leyes resultantes, de acuerdo con Rousseau, son justas necesariamente, pero no necesariamente reconocidas como racionales (respecto a otros) independientemente de los ciudadanos, de sus sentimientos y deseos¹²⁶. La autonomía kantiana puede haberse

sociedades civiles “mal ordenadas”. Véase, a este respecto, el trabajo de: RODRIGUEZ URIBES, José Manuel, “Rousseau: Estado de Derecho, democracia y derechos”, en: G. Peces-Barba, E. Fernández y R. de Asís (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, siglo XVIII, v. II, (La filosofía de los derechos humanos), Madrid, Dykinson-IDHBC, pp. 249-295.

¹²² Dicha idea se ve claramente en el siguiente pasaje: “a fin de que el pacto social no sea un vano formulario, implica tácitamente el compromiso, el único que puede dar fuerza a los demás, de que quién rehúse obedecer la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo”. Véase: ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del Contrato social*, (1762) trad.de M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 4a. reimp. 2005, Libro I, cap. VI, aquí pág. 41.

¹²³ Cf. HILL, Thomas E., “The Kantian Conception of Autonomy”, cit., aquí pág. 94.

¹²⁴ Sobre este punto, puede verse por ejemplo los trabajos de José RUBIO CARRACEDO, José, “Kant y Rousseau. Una relación proteica”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 133, 2006, pp. 9-37, esp. pp. 21 y ss; “El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant”, en: E. Guisán (ed.), *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, Barcelona, Antropos, 1988, pp. 29-74; “Rousseau en Kant”, en: J. Muguerza y R. Aramayo, *Kant después de Kant*, Madrid, Tecnos, 1988.

¹²⁵ En general, sobre la concepción política y democrática de Rousseau, puede verse, además del trabajo anteriormente citado, el de: RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, *Sobre la democracia en Jean-Jacques Rousseau*, prólogo de E. Fernández, Madrid, Dykinson-IDHBC, 1999.

¹²⁶ Escuchemos nuevamente a Rousseau: “De lo que precede se deduce que la voluntad general es siempre recta y siempre atiende a la utilidad pública; pero no se deduce que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. Siempre se quiere el propio bien, pero no siempre se ve; jamás se corrompe al pueblo, pero con frecuencia se le engaña, y sólo entonces es cuando él parece querer su mal. (Libro II, Capítulo III, aquí pág. 52) Pero, “¿por qué la voluntad general es siempre recta, y por qué todos quieren constantemente la felicidad de cada uno de ellos, sino porque hay nadie que se apropie de la expresión de cada uno, y que no piense en sí mismo al votar por todos? Lo que prueba que la igualdad del derecho, y la noción de justicia que ella produce, deriva de la preferencia que cada uno se da y, por consiguiente, de la naturaleza del hombre; que la voluntad general, para serlo

inspirado en Rousseau, pero Kant transformó la idea rousseauiana de ‘libertad moral’ para un uso más general en las controversias sobre la razón y la moralidad¹²⁷.

Finalmente, Thomas Hill propone distinguirla de aquellas que tienen como base una interpretación de la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* según la cual existen dos formas mutuamente excluyentes de cómo los seres humanos pueden actuar. Según la primera, uno puede actuar por inclinación. En tales casos, el acto no es sino producto de fuerzas naturales, ‘determinado’ causalmente por deseos y, por tanto, ‘heterónimo’. En la segunda forma, uno puede actuar por un principio moral. Aquí el acto es producto de una opción causal indeterminada, libre y perfectamente racional. Así, la autonomía sería la libertad que poseemos en nuestros mejores momentos, el querer racional, dirigido por principios morales. Esto implicaría que en algunas ocasiones actuamos autónomamente y otras no. Hay autonomía cuando se actúa con base al principio moral, por ese querer libre y perfectamente racional. Cuando ello no ocurre, lo haríamos heterónomamente. ¿Qué problema hay en esto? Si en todas las ocasiones en que nos dejemos llevar por nuestros impulsos se hace de lado nuestra autonomía, y dado que, en el planteamiento de Kant, es esta última lo que genera obligación moral, podríamos concluir que cuando actuamos de tal modo no estamos obligados moralmente, ni somos responsables por esas acciones¹²⁸.

Este breve repaso sobre lo que la idea no significa o, mejor dicho, de lo que no significaría para algunos de sus estudiosos, nos ayuda a ir perfilando una concepción

verdaderamente, debe serlo en su objeto tanto como en su esencia, que debe partir de todos para aplicarse a todos, y que pierde su rectitud natural cuando tiende a algún objeto individual y determinado; porque entonces, juzgando sobre lo que nos es ajeno, no tenemos un verdadero principio de equidad que nos guíe”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del Contrato social*, cit., Libro II, Cap. III, aquí pág. 55)

¹²⁷ Cf. HILL, Thomas E., “The Kantian Conception of Autonomy”, cit., aquí pág. 94-95. En este sentido, por ejemplo, PÉREZ-LUÑO, Antonio E., (“El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos” en: G. Peces-Barba et. al., (eds.) *Historia de los derechos fundamentales*, t. II. v. II., Madrid, IDHBC-Dikynson, 2001, pp. 451-483, aquí pág. 453) nos dice: “algunos de sus escritos más representativos en son deudores del influjo de Locke, Montesquieu y Rousseau. Del primero, asumirá la idea de que la libertad inherente a toda persona se desprenden una serie de facultades inalienables, inviolables e imprescriptibles, que son anteriores al Estado, y que todo Estado debe reconocer (postulado de los derechos del hombre). Con el segundo compartirá la tesis de que tales derechos exigen para su más eficaz protección un modelo político basado en la división de poderes (postulado del constitucionalismo). De Rousseau aceptará la vigencia de una legitimación racional-democrática del poder, a través del ‘contrato social’, artificio de la razón práctica para justificar las instituciones políticas y de las leyes del consentimiento. La ley como ‘expresión de la voluntad general’ será la célebre fórmula jurídico-política acuñada por Rousseau”.

¹²⁸ Cf. HILL, Thomas E., “The Kantian Conception of Autonomy”, cit., aquí pág. 95

sobre la cual trabajar. Las observaciones de Hill nos llaman la atención sobre algunas glosas que han de evitarse con la finalidad de hacerse con una buena representación de la noción en Kant. Pues bien, entre ellas suele ponerse especial énfasis en perfilar la idea de autonomía respecto de la idea de ‘libertad moral’ de Rousseau, que parece próxima a la de *Wille* ya aludida con anterioridad. La razón radica en que esta última se interpreta, siguiendo la terminología acuñada por I. Berlin, así como algunas críticas formuladas por él, como «libertad positiva»¹²⁹. Ello invitaría a pensar que éste es *el* sentido que debe atribuirse a la propuesta kantiana. En efecto, la cercanía del concepto de autonomía con la idea de auto-legislación –«la consideración de uno mismo y de los otros, como sujetos de libertad en relación con los principios a los que se someten sus acciones»¹³⁰–, no sólo sería innegable, sino que derivaría a una concepción de libertad como razón supra-individual; y, sobre todo, entendida como obediencia a la ley moral que es imperativa de aquella razón metafísica¹³¹.

Por el contrario, Kant no ofrece una concepción de la autonomía como auto-legislación¹³². O, al menos, no sólo en tal sentido. La relación entre la libertad de arbitrio y autonomía de la voluntad racional, tal y como advierte J. L. Colomer, es mucho más compleja. Según este autor afirmar la primera,

«es afirmar su capacidad para establecer por sí misma sus cursos de conducta, esto es, el poder actuar en base a sus propias determinaciones. A la independencia respecto de factores externos a la propia voluntad que ‘determinasen una acción’, añade la capacidad práctica de la razón para determinar nuestras acciones. Poder de elección y de determinación por la razón se unen [...], pues, de manera necesaria en el concepto de libertad como

¹²⁹ En este sentido, como señala F. LAPORTA, es ‘evidente que el pensamiento de Kant parece alentar en la teoría racional del Estado, no toleraría nunca una derivación autoritaria de sus premisas u objetivos, pero para ciertos autores liberales como el propio Hayek o el mismo Berlin, de este tipo de buenas intenciones está empedrado el infierno. Véase: LAPORTA, Francisco, “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, núm. 52, 1983, pp. 23-43, aquí pág. 27.

¹³⁰ COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis, “Algunos apuntes sobre Kant y la libertad política”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 581-598, aquí pág. 588.

¹³¹ Cf. COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, cit., pág. 31.

¹³² SIECKMANN, Jan R., “El concepto de autonomía”, cit., aquí pág. 468.

voluntad o *Willkür*, como configuradores de la noción predominante en ella de la libertad como causalidad»¹³³.

De ahí que se trate, según Colomer, de «un concepto de libertad referido inmediatamente a las acciones, a la determinación de éstas –según el cual es la voluntad misma la que se determina a actuar al proponerse una máxima de comportamiento-, que ocupa un lugar decisivo en la concepción de individuo humano y en la filosofía moral de Kant»¹³⁴.

Ahora bien, su construcción no queda aquí. La libertad como facultad de elección, en la que la mediación de máximas o principios de la razón constituye a la voluntad subjetiva como no determinada por estímulos (causalidad natural), sigue siendo relativa a los objetos de la sensibilidad representados por la facultad de desear. Por ello se hace necesario un segundo y decisivo paso en el momento de la libertad: prescindir de las reglas causales del mundo de las inclinaciones sensibles (naturaleza). Y esto sólo puede concebirse como determinación del individuo racional ‘sólo por leyes que se da a sí mismo por la razón’¹³⁵. La idea de autonomía de la voluntad aparece como pieza clave de la posibilidad de un imperativo categórico para el arbitrio y, así, de una ley moral en el sentido que Kant da a este término. La autonomía es lo que permite la incondicionalidad de la vinculación a ciertos principios; y esa cualidad es la de su carácter de principios legislados por la voluntad racional, ajena a ningún otro interés que el de su misma condición de voluntad o de razón pura práctica. La autonomía se predica de la voluntad en el segundo de los aspectos o *posibilidades* de ésta, como voluntad racional pura o *Wille*; y la voluntad en este sentido no es capacidad de acción o de determinación –en tanto *Willkür*-, sino actividad legisladora sobre las máximas de arbitrio¹³⁶.

La relación entre voluntad como arbitrio y ley de esa misma voluntad, en tanto legisladora, constituye –a decir de Colomer– el preciso lugar en torno al que se construye la teoría kantiana de la libertad. En él se muestra la necesaria

¹³³ En lo que sigue me baso en: COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, cit., aquí pág. 32.

¹³⁴ *Ibidem.* pág. 33.

¹³⁵ *Ídem.*

¹³⁶ Cf. COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, cit., aquí pág. 34 (cursivas mías).

interdependencia de los conceptos de libertad del arbitrio y autonomía de la voluntad como razón pura práctica. El arbitrio humano es *arbitrium liberum* porque no se determina por impulsos sensibles, tiene capacidad para ser determinado por un móvil ajeno a todo lo empírico, que sólo puede ser el principio formal de la razón práctica. El arbitrio libre es el único que puede ser determinado por aquella. Además, la independencia del arbitrio respecto de lo empírico da sentido a la noción de *Wille*, pues ésta presupone necesariamente un arbitrio que puede ser determinado por el principio práctico formal, puramente racional, que ella legisla. «La libertad del arbitrio es el fundamento o razón de ser de la legislación autónoma de la razón: ‘la libertad es la *ratio essendi* de la ley moral’. Es en este momento decisivo de la concepción kantiana de la voluntad y de la libertad de ésta, en el que la voluntad humana se sitúa en el punto mismo de la relación entre lo sensible y lo inteligible y se muestra como el lugar en el que confluyen ‘las dos naturalezas del hombre’»¹³⁷.

De ahí que, nuevamente en palabras de Colomer,

«el punto de partida y fundamento decisivo de la afirmación de la voluntad (en toda la ética kantiana) consiste no en la determinación efectiva del arbitrio por la ley moral –que es algo que no puede afirmarse de ninguna acción- ni en la acción según ésta (es decir, en la acción moral), sino en el reconocimiento de esa ley y de su autoridad sobre nuestras decisiones, esto es, en la conciencia de la ley moral para nuestras máximas que acompañan necesariamente a éstas o al juicio sobre ellas. Y esta conciencia de la ley como imperativo de la propia razón o juicio sobre ella –juicio del deber– subsiste aún a pesar de la elección del arbitrio contra ella. Así la ‘conciencia moral’ dice la Doctrina de la virtud que ‘el hombre puede llegar (...) a no hacerle ningún caso pero, sin embargo, no puede dejar de oírla’. La distinción entre voluntad libre, en tanto sometida a leyes morales, y voluntad que actúa con éstas, es equivalente a la que se da entre el ‘hecho’ constitutivo de la conciencia que reconoce la ley moral y la acción que sigue sus dictados, o entre el juicio moral y la acción virtuosa. Es la primera la que constituye la clave de bóveda de la teoría kantiana de la libertad; la libertad del

¹³⁷ *Ibidem.*, aquí pág. 36.

arbitrio que conocemos por la ley moral constituye ‘el hecho de la razón’ (*Faktum der Vernunft*) a que remite la filosofía moral de Kant»¹³⁸.

La propuesta kantiana tiene, pues, una profunda dimensión moral. El universalismo del imperativo categórico es su trasfondo básico que a su vez está vinculado a las capacidades concretas humanas que lo hacían surgir. Es decir, aunque el imperativo categórico sea el elemento en torno al cual gire la propuesta kantiana *también* se encuentran todas las formulaciones previas que le permitieron llegar a la noción de autonomía, que derivaba de la capacidad de elección, cuyos motivos de acción (el ‘querer mismo’) debían coincidir con aquella ley universal. Kant fundamentó la autonomía en una idea de autosuficiencia de los motivos de su acción que prescindía totalmente de los resultados esperados. Una voluntad era libre cuando, en un nivel *a priori*, era capaz de percibir y transponer esta ley de universalidad como principio único de su motivación. La autonomía sólo podía concebirse en este trasfondo moral¹³⁹. De ahí que el agente autónomo sea aquel que es capaz de determinar el sentido de sus acciones conforme a decisiones racionales –que derivan de leyes morales de alcance universal– que no sean consecuencia de imposiciones externas¹⁴⁰.

1.3 AUTONOMÍA Y LIBERTAD

¹³⁸ COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, cit., aquí pp. 38-9

¹³⁹ Cf. PELÉ, Antonio, *Filosofía e Historia en el fundamento de la dignidad humana*, cit., pp. 930-932. Con todo, no escapa a mi atención que se trata de un problema hermenéutico de la obra kantiana. Tal y como detaca PÉREZ-LUÑO, Antonio E., (“El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos” cit., aquí pág. 459) no pocos autores ‘han llegado a conclusiones dispares en relación con la idea kantiana de libertad. Así, mientras Werner Busch y Gottfried Dietze insisten en la necesidad de diferenciar su significado o dimensión ética, formal y universal (*Freiheit*), de su sentido empírico, ligado a los intereses individuales, que denomina arbitrio (*Willkür*). Para Julius Ebbinghaus lo decisivo es distinguir en Kant la idea de *a priori*, absoluta e incondicionada de la libertad moral, que es condición y fundamento del contrato social, de la categoría empírica de la libertad política subsiguiente a la organización de la sociedad. En tanto que, para Norberto Bobbio, las ‘dos libertades’ de Kant reflejan la coexistencia en su obra de una noción de libertad como autonomía de inspiración democrática, con un concepto de libertad como no injerencia de inequívoco signo liberal’. De ahí que para J. L. Colomer el reducir la visión kantiana a la propuesta positiva de libertad en sentido berliniano sólo puede hacerse mediando cierto abuso en su interpretación. Véanse: COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, cit., aquí pág. 40. *Íd.*, “Algunos apuntes sobre Kant y la libertad política”, cit., pp. 591-2.

¹⁴⁰ ÁLVAREZ, Silvina, “La autonomía personal”, en: E. Díaz y J. L. Colomer, *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 153-171, aquí pág. 154.

Esta breve referencia puede brindarnos una idea de la problemática que envuelve la noción de autonomía desde la perspectiva kantiana que es, ante todo, una propuesta moral. La noción kantiana de autonomía es parte de ese *background* filosófico aludido. No obstante, conviene ir señalando que a buen seguro no existe *el* concepto de autonomía sino varias concepciones de ésta. En primer lugar, conviene recordar que la idea que subyace a la noción de autonomía nos viene dada desde su etimología: *autos* (auto) y *nomos* (gobierno o Derecho)¹⁴¹. El término fue aplicado por vez primera a las ciudades-estado de la antigua Grecia: una ciudad era autónoma cuando sus ciudadanos se regían por leyes propias *en oposición* a estar bajo el yugo de algún poder conquistador. Posteriormente, se extendió –a modo de metáfora– a las personas señalando que éstas eran autónomas cuando sus decisiones y actos le son propios, es decir, cuando se “auto-determinan”. De ahí que se haya señalado su proximidad con ideas tales como la propia auto-determinación, auto-gobierno e independencia¹⁴². La problemática radica en desentrañar qué significa ‘auto-determinación’, sus relaciones y diferencias con otras nociones afines como, por ejemplo, la de libertad¹⁴³.

Comencemos por la primera cuestión. Que las personas se conduzcan sobre la base de sus propias consideraciones, deseos o propósitos y que no les sean impuestos desde fuera, está en el núcleo de lo que se considera ser autónomo. Esto parece innegable. Sin embargo, tal y como señalé, sólo puede comprenderse si a su vez se posee una base para entender ideas tales como ‘yo’, ‘mí mismo’, ‘conciencia’ o ‘individualidad’. Como se sabe, lo anterior no es un asunto sencillo, pues aproxima la noción de autonomía a problemas relativos a la filosofía de la acción y de la mente.

¹⁴¹ La palabra está compuesta por los prefijos griegos *autós* ‘sí mismo’ (auto) y *nómos* ‘ley’. Véase: COROMINES, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana* (1961), prólogo de J. A. Pascual, Madrid, Gredos, 2008, pág. 54.

¹⁴² Cf. FEINBERG, Joel, “Autonomy” en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., pp. 27-53, aquí pág. 23.

¹⁴³ Sobre estos dos últimos extremos, YOUNG, Robert (Cf. “Autonomy and the ‘Inner Self’”, en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., pp. 77-90, aquí pág. 77) nos dice que la autonomía es un presupuesto de la agencia moral y por ello de la responsabilidad, dignidad y autoestima. En escritos filosóficos tan dispares como los de Aristóteles, Kant y de autores afines a éste último, como Rawls; en libertarios como Nozick o en existencialistas como Sartre, la idea de autonomía se vincula al concepto de persona como *agente moral*. En la vida cotidiana reconocemos su importancia cuando lamentamos la falta de autonomía de los oprimidos, de quienes padecen severas discapacidades mentales o psíquicas, cuando deseamos que nuestros hijos la desarrollen y en el hecho de que la imagen que tenemos sobre nosotros va a ir fluctuando de acuerdo con el grado en que nos pensamos a nosotros mismos como seres autónomos. Ahora bien, debe decirse que este paradigma está siendo fuertemente cuestionado dado su carácter excluyente. Véase: CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012.

Generalmente se considera autónomo a alguien sobre la base de una metafísica de la agencia: cualquier agente que se enfrente a la tarea de ‘*crear* su mente’ tendría poder para determinar cómo actuará¹⁴⁴. Dicho de modo muy sencillo: por más que existan factores que obstaculicen su agencia, es candidato a considerarse autónomo aquel individuo que sea capaz de distinguir lo que le sucede de lo que hace.

En efecto, la noción de autonomía lleva implícita la idea del individuo que es artífice de sus propios deseos, intereses o acciones. Es frecuente recurrir a un pasaje de I. Berlin para ilustrar este aspecto. Escribe quien fuera profesor del All Souls College de Oxford:

«quiero que mis decisiones y mi vida dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores sean éstas del tipo que sean. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie: quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser movido por naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir concebir fines y realizarlo por medios propios. Esto es parte de lo que quiero decir cuando digo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo. Sobre todo quiero ser consciente de mí mismo como ser activo que piensa y que quiere, que tiene responsabilidad por sus propias decisiones y que es capaz de explicarlas en función de sus propias ideas o propósitos»¹⁴⁵.

Creo que comienzan a adquirir sentido las palabras de G. Dworkin cuando señala que este concepto se usa de modo muy amplio y que ello es así hasta tal grado que «las únicas características que se mantienen constantes de un autor a otro son que la autonomía es un atributo de las personas y que es una cualidad deseable»¹⁴⁶. La noción de autonomía, en efecto, nos dice:

¹⁴⁴ FEINBERG, Joel, “Autonomy” en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., aquí pág. 28

¹⁴⁵ BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty” en: *Id.*, *Four Essays on Liberty*, Oxford, OUP, 1969 [trad. cast. de J. Bayón, “Dos conceptos de libertad”, en: *Id.*, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editoria, 1ª ed., Ensayo, 1998, pp. 215-280, por donde se cita, pág. 226]

¹⁴⁶ DWORKIN, Gerald, “The Concept of Autonomy”, en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., pp. 54-62, aquí pág. 55.

«se usa como término equivalente a la noción de libertad (‘positiva’ o ‘negativa’ en la terminología de I. Berlin), otras veces como sinónimo de autogobierno o soberanía, otras de modo idéntico al libre albedrío. Se equipara a dignidad, integridad, independencia, responsabilidad y auto-conocimiento. En otras ocasiones se identifica con cualidades tales como confianza, reflexividad crítica, con libertad para obligarse, con ausencia de causalidad externa, con conocimiento del propio interés. Se relaciona con acciones, creencias, razones para la acción, reglas, la voluntad de otras personas, pensamientos y principios»¹⁴⁷.

Ahora bien, la idea tomada como capacidad de los individuos racionales no tendría por qué equipararse, sin más, a la de autonomía como condición; a todo ese cúmulo de virtudes a ella vinculada, pues esta última es una noción maximalista. Un trabajo me ayudará a mostrar este último extremo.

En un primer momento, la autonomía alude a cierta capacidad de las personas para *autogobernarse* siendo esta la noción más elemental o intuitiva que tenemos de dicha idea. Es un atributo que se determina teniendo como base la habilidad para hacer elecciones racionales y que, se supone, poseerían todas las personas a excepción de los niños, enfermos mentales, a gente en situación senil o en estado de coma –o al menos así suele interpretarse–. Se predica de aquellos que, de hecho, son competentes para gobernarse a sí mismos, para llevar a cabo algunas tareas¹⁴⁸. En otro estadio, señala J. Feinberg, se alude a la autonomía como condición, esto es, comprendería no sólo tal capacidad sino también un cúmulo de virtudes enmarcadas en una concepción de autodeterminación mucho más amplia¹⁴⁹. Así, cuando se señala que las personas son dueñas de sí mismas, que no ‘pertenecen’ a otras; que tienen una identidad que les es propia y que ésta no se agota en sus relaciones con los demás. Y no sólo en relación a los demás, sino en el sentido de que sus gustos, preferencias, ideales, metas y valores sean auténticamente *suyos*. Una persona es autónoma, en este sentido, cuando es *auténtica*; cuando no se trata de alguien manipulable, acrítico o conformista.

¹⁴⁷ DWORKIN, Gerald, “The Concept of Autonomy, cit., pág. 54.

¹⁴⁸ Cf. FEINBERG, Joel, “Autonomy” en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., pág. 28.

¹⁴⁹ Cf. FEINBERG, Joel, “Autonomy” en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., pp. 30-42.

De la misma forma, se entiende que alguien es autónomo cuando va ‘creándose a sí mismo’. Evidentemente que esto no debe tomarse en el sentido de la expresión –igual de inverosímil es que el *barón de Müchhausen* haya salido del barro tirándose de los cabellos– pues nadie se crea así mismo. Más bien, a lo que se hace referencia es a algo menos complicado que esto. Para referir la idea de que las personas pueden embarcarse en procesos de reflexión (creación y *re*-creación de sí mismo) que culminen en un cambio de carácter, en la elección de un nuevo conjunto de preferencias. Se trataría de la posibilidad siempre abierta de detenerse, de volver la mirada para jugar lo que hemos sido y quienes queremos ser¹⁵⁰. Otro sentido tiene que ver con la autenticidad moral y según la cual una persona es moralmente auténtica si sus elecciones están limitadas por principios morales. De acuerdo con este punto de vista, si optamos regir nuestras vidas por principios morales, y en la medida en que nuestras decisiones morales son realmente nuestras (autónomas), algunos cursos de acción no pueden considerarse como opciones para su elección. Esta última acepción, suele vincularse con las ideas de “integridad” –cierta persona es íntegra si es fiel a sus principios–, “confianza en sí mismo” o con la capacidad de “iniciativa propia”. La idea de autonomía, finalmente desemboca o se relaciona con la noción de responsabilidad.

En efecto, En el plano filosófico, la defensa del ideal de autonomía se opone, generalmente, a todos aquellos planteamientos que niegan el libre albedrío, esto es, se opone a quienes propugnan tesis deterministas¹⁵¹. Parece haber cierta conexión de la idea de que una persona es autónoma o libre tanto en el plano psicológico como en el filosófico: afirmar que alguien es libre significa, en términos generales, que se le considera *responsable* de aquello que haga en el ejercicio de su libertad. Pero no me

¹⁵⁰ FEINMBERG, Joel, “Autonomy” en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., aquí pp. 33-34.

¹⁵¹ En términos sumamente sencillos, podríamos decir que el determinismo es la posición que sostiene en cierto modo no somos libres ni ha de considerárenos responsables de nuestros actos. Sin embargo, como señala T. Honderich, tras esa aparente sencillez se esconden varios significados distintos de la expresión. Por una parte, se utiliza para designar una teoría muy general de la realidad. Por otra, determinismo designa, como se ha avanzado, una idea, doctrina o teoría sobre las personas, que se presenta como la conclusión de que, en cierto modo, no somos libres ni responsables, de que tenemos una naturaleza concreta, una naturaleza humana, y en consecuencia no somos libres ni responsables. Otro uso, más restringido, es en el sentido de que el determinismo es sólo una concepción de nuestra naturaleza. Véase: HONDERICH, Ted, *How Free Are You*, Oxford, OUP, 1995, [trad. cast. de A.-P. Moya, *¿Hasta qué punto somos libres? El problema del determinismo* Barcelona, Tusquets, Ensayo, 1995, por donde se cita, pp. 9 y ss.]

extenderé más sobre este punto en particular¹⁵². Baste con señalar lo siguiente. Hasta aquí, he tratado de enfocar la exposición dentro de dos extremos ineludibles del tema. Por un lado, haciendo alusión a la idea kantiana de autonomía, que bien puede tenerse como una teoría sobre los juicios morales –como autonomía moral–. Por otro lado, ha ido emergiendo también la noción de autonomía personal como aptitud o capacidad psicológica de los individuos para auto-gobernarse. Se trata de las ideas de autonomía moral y de libertad psicológica. La primera sería una meta o un fin a alcanzar. La segunda, en cambio, es el elemento constitutivo de la moralidad en el sentido de que si éstos actuaran determinados y careciesen de aquella no existiría la moralidad, que es consecuencia de esa libertad inicial¹⁵³.

Ahora bien, podríamos preguntarnos ¿en qué se distinguen la noción de autonomía y la de libertad? La primera hace más alusión a la formación de preferencias o deseos de los agentes que a una característica de los individuos. Uno puede apreciar esto imaginándose cómo varían las personas en determinados asuntos de su vida, en la forma que manifiestan su autonomía: un fumador puede ser perfectamente autónomo para elegir entre asistir a un partido de fútbol o leer un libro, pero es virtualmente incapaz de contener su urgencia abrumadora de nicotina. Visto con atención, la autonomía se refiere a la existencia de rasgos tales como la capacidad tanto para aceptar como para cambiar nuestros deseos, preferencias o valores así como a la ausencia de manipulación y coerción. De ahí que los ejemplos paradigmáticos de la falta de autonomía tengan que ver con adicciones o, en casos extremos, con el lavado de cerebro. Para otros la existencia de obstáculos también. La

¹⁵² Véase: HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?*, cit., aquí pág. 34 y ss. Puede verse también: PETTIT, Philip, *A Theory of Freedom. From Psychology to Political Action*, Cambridge, Polity Press, 2001 [trad. cast. de G. Cantarena, *Una teoría de la libertad. De la psicología a la acción política*, Madrid, Losada, 2006, por donde se cita, aquí pp. 15-16]

¹⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. De Asís, A. Llamas y C. Fernández Liesa, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1995, (cap. VIII, “La libertad social, política y jurídica”), aquí pp 230-1. El profesor Peces-Barba llama la atención sobre los reduccionismos en que pueden incurrirse con tales ideas y escribe: ‘Si sólo tenemos en cuenta la libertad moral, debemos alcanzarla y no somos libres de hacerlo o no. Se nos puede imponer esa libertad moral, incluso contra nuestra voluntad. Las vanguardias clarividentes, los gobernantes iluminados, las Iglesias que quieren imponer sus credo, como hemos visto tantas veces en la historia, que conocen el sentido y los contenidos de la libertad moral y se declaran, muchas veces, sus únicos intérpretes, nos obligan a dirigirnos hacia ella’. (pág. 240) En el segundo caso, cuando se desconoce la libertad moral y se resalta la libertad de elección, la consecuencia es el escepticismo por un lado, y el subjetivismo ético radical por otro. Estamos en la elección sin meta, sin objetivos morales a realizar, sin un horizonte de progreso; es la elección por la elección, el nihilismo. (pág. 241) Sobre alguno de estos extremos se volverá más adelante.

autonomía es una noción global, es decir, tiene que ver con la condición del individuo que se manifiesta o puede manifestarse durante el transcurso de su vida; mientras que la libertad se predica de determinadas acciones. La idea de libertad, al menos tal y como ha sido usada en la teoría política, hace referencia sólo a la ausencia de obstáculos externos para actuar¹⁵⁴. Así ya la había definido Hobbes: “un agente libre es quien puede obrar como quiere y se gobierna como le place. Y que: “la libertad es la ausencia de impedimentos externos”.

Pero ello no quiere decir que no exista vinculación entre ambas. Sino todo lo contrario. Ambas nociones se solapan para fundamentar el discurso de la autonomía: si consideramos valiosa la libertad de los individuos para tomar sus propias decisiones, formular planes de vida etc., se hará necesario proteger un ámbito de inmunidad en la que ésta pueda desplegarse. En palabras de C. Nino: «siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de la persecución»¹⁵⁵. Alguien podría preguntarse si ello es así con independencia de lo que se elija: o sin haberse moralizado¹⁵⁶. De entrada, la noción de autonomía construye un dique frente al Estado y frente terceros para que se abstengan de intervenir en el proceso de formación de

¹⁵⁴ Cf. ROSENKRANTZ, Carlos, “El valor de la autonomía” AA. VV., *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992, pp. 11-29, aquí pág. 16.

¹⁵⁵ NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 204-203. Para este autor, ‘la autonomía personal es una ‘moneda de curso legal’ en la práctica social de la discusión moral que no podemos dejar de aceptar. Posiblemente hay muchos otros valores, además de este de la autonomía personal, pero es poco plausible que haya otros valores, salvo los presupuestos derivados del propio valor de la autonomía personal, que sean oponibles a los demás en la argumentación moral si ellos no comparten ciertas premisas que la misma actividad de argumentar no les obliga a adoptar’. Véase: *Íd.*, “La autonomía constitucional”, AA. VV., *La autonomía personal*, cit., pp. 33-81, aquí pág. 35.

¹⁵⁶ Escribe a este respecto S. Álvarez: “Cuando se sostiene que la autonomía es valiosa en sí misma con independencia de las elecciones a que pueda llevar, lo que se está valorando es la libertad. El punto relevante es qué valor concedemos a la libertad. Que el uso de esa libertad pueda llevar a la realización de actos que consideramos moralmente desacertados no invalida el valor concedido a la libertad. (...) podremos decir que algunas personas hacen un uso inadecuado de su libertad al utilizarla para llevar adelante acciones o planes de vida que desaprobamos. De ello no se sigue que la autonomía pierda su valor. De un modo similar estamos dispuestos a defender el derecho a la vida aun cuando creamos que algunas personas tienen planes de vida que merecen nuestro reproche o nuestra sanción. Véase: Álvarez, Silvina, “La autonomía personal y la perspectiva comunitarista”, *Isegoria*, núm. 21, 1999, pp. 69-99, aquí pág. 88.

preferencias, de elegir sus planes de vida o restringir cursos de acción. Se trata de la concepción del ser humano que subyace al liberalismo y que traslada la carga de la prueba a aquellos que pretendan limitar, prohibir o interferir en la esfera de libertad de los individuos.

Como se sabe, el liberalismo se caracteriza por propugnar que tanto el poder político como los objetivos sociales deben observar el valor político de la justicia, con independencia de los ideales de la buena vida o de la virtud¹⁵⁷. Lo concerniente a estas últimas cuestiones se reserva a la conciencia de los individuos, relegándolo al plano de la moral privada (o, a la llamada por G. Peces-Barba, ‘ética privada’¹⁵⁸). De esta forma se establece una obligación de neutralidad a cargo del Estado para que se abstenga de promover cualquier doctrina comprensiva de la vida buena dado el hecho del pluralismo que caracteriza a las sociedades actuales. Esto último es lo que, precisamente, da soporte a la primacía de lo justo sobre lo bueno en las sociedades de signo liberal. Por ello las decisiones políticas deben ser, en la medida de lo posible, independientes de cualquier concepción particular de la vida buena o de cualquier visión sobre qué es lo que da valor a la vida: si la visión de los ciudadanos difiere respecto a tales opciones, el Estado debe abstenerse y tratar a alguna como intrínsecamente superior, ni siquiera cuando la mayoría o el grupo más poderoso expresen una posición al respecto¹⁵⁹.

Para poder mantener tal dicotomía es necesario que se cumplan dos condiciones: la primera es aceptar que no existen condicionantes para la libertad de elección; la segunda supone mantener la perspectiva del individualismo ético (la defensa de que el agente moral es el individuo). La reflexión sobre los condicionantes a la libertad de elección pone en relación la discusión con la obediencia al Derecho y con la justificación del paternalismo. Cuando se cuestiona el individualismo ético nos introducimos en la polémica entre comunitarismo y liberalismo. De la misma forma, trae a colación la polémica que mantienen, en torno a los contenidos del derecho, los

¹⁵⁷ RAWLS, John, *El liberalismo político*, trad. de A. Domenèch, Barcelona Crítica, pág. 14 y ss.

¹⁵⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Ética pública y Ética privada”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Íd., *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, CEC., 1992.

¹⁵⁹ Véase: DWORKIN, Ronald, “Liberalismo” en: S. Hampshire *et. al*, *Moral pública y privada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

liberales y los defensores del moralismo legal, tal y como veremos a continuación¹⁶⁰. Aquí no se abordará el tema de la obediencia al Derecho, porque el punto de vista adoptado, ya supone una toma de postura. Ahora bien, esa toma de postura, entiendo, está moldeada por las peculiaridades propias de nuestro contexto cultural. Es decir, por la creciente práctica de incorporar y dar carácter vinculante a contenidos materiales en el ordenamiento que, a la vez que limitan el ejercicio del poder, lo legitiman. Se trata, como se ha dicho, de la moralidad propia del Estado de Derecho, de la democracia y de los derechos fundamentales¹⁶¹.

Volviendo a la anterior distinción, cuando decía que las decisiones políticas deben, en la medida de lo posible, insistir, ser independientes de cualquier concepción de la vida buena es porque, en ocasiones, no resulta del todo claro qué ámbitos corresponden a cada una de esas esferas, esto es, no queda de todo clara la línea divisoria entre ética pública y ética privada (justicia y concepciones de lo bueno), por no decir lisa y llanamente que pueden producirse, y de hecho se producen, colisiones entre ellas. Cuando esto sucede se plantea la necesidad de considerar si en esas circunstancias prevalece el respeto a la conciencia de los individuos o el respeto a la ley. Se trata de los problemas relativos a la desobediencia civil y la objeción de conciencia. La primera, es una situación que se produce cuando una persona o un grupo desobedecen el derecho para expresar su desacuerdo con una norma o una determinada política pública que considera contradictoria con los principios de la ética pública (trata de imponer una concepción de lo bueno). La objeción de conciencia se configura como un derecho a dejar de realizar un determinado deber que el ordenamiento atribuye, sobre la base de un enfrentamiento entre la ética pública y la ética privada. Lo interesante a este respecto es qué tipo de norma de clausura del sistema se acepta –v. gr. norma general de libertad– porque ello va a condicionar la respuesta sobre el tratamiento al ‘desobediente’¹⁶².

1.4 AUTONOMÍA CONTRA PATERNALISMO

¹⁶⁰ Tomo aquí el esquema proporcionado por: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “Libertad”, en J. J. Tamayo, *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Navarra, Verbo Divino, 2005, p. 77-120, aquí pág. 81

¹⁶¹ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “Libertad”, cit., aquí pág. 83

¹⁶² *Ibidem*.

Por otra parte, la autonomía puede verse trastocada tanto por el uso injustificado de medidas paternalistas cuanto por los intentos de imponer la moralidad por medio del Derecho. En ambos casos, puede producirse la intromisión del Estado o de otros miembros de la comunidad en la vida de las personas, en sus dimensiones más íntimas alegando que el comportamiento afecta intereses legítimos de terceras personas; al bienestar del propio sujeto, independientemente de su consentimiento o de la forma en que haya formado su voluntad. O en el caso del moralismo legal, por acciones individuales que, se estima, ‘dañan’ o son ‘lesivas’ a la moral social¹⁶³. Se plantea la duda de si la moralidad del grupo dominante puede afectar al pluralismo o, aún más, a los derechos de las minorías. Cuando sucede lo primero nos encontramos ante aquellas formas de protección o autoridad que, al igual que las relaciones paterno-filiales, tienen como finalidad evitar un daño sobre quien recae dicha acción y que es preciso justificar. En el segundo, nos encontramos ante el problema si las normas jurídicas, y en qué grado, deben incorporar las pautas de la moral positiva, esto es, las creencias morales de la mayoría. Es decir, se plantea la cuestión de si la opinión moral de la mayoría debe ser reforzada jurídicamente de modo que sus contenidos pueden ser protegidos mediante la imposición coactiva¹⁶⁴.

¹⁶³ Entendido de esta manera, el moralismo legal, es una de las formas a través de la cual los moralistas pretenden velar por ‘el bien moral’. Ahora bien, no se trata de cualquier forma, sino, precisamente de una de las más fuertes: a través del uso del poder coercitivo del Estado. Cuando se legisla con tal finalidad, se entiende, estamos frente al moralismo legal. Ahora bien, existen variedades del mismo. Sobre este punto en particular, véase: RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, “A vueltas con el moralismo legal”, aquí pp. 13 y ss. Se trata del estudio que acompaña la traducción al castellano de: DEVLIN, Patrick, *The Enforcements of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965 [trad. al cast. de M. A. Ramiro, *et. al.*, *La imposición de la moral*, Madrid, Dykinson, Colección Traducciones del IDHBC, 2010.]

¹⁶⁴ Como se sabe, uno de los estadios más relevantes de esta polémica ha sido el sostenido por H. L. A. Hart y Patrick Devlin (conocido como el debate Hart-Devlin). Dicho debate se entabló con motivo del informe de la llamada Comisión Wolfenden que en 1957 dictaminó que era oportuno desregular o despenalizar los comportamientos homosexuales y la prostitución. Para la comisión tales conductas caían fuera del ámbito legítimo de lo que puede regularse a través del Derecho (penal). O lo que es lo mismo: que no son materia o asuntos sancionables jurídicamente. Gracias al trabajo del profesor Miguel Ángel Ramiro Avilés tenemos disponibles al castellano las obras fundamentales de aquella discusión. Véanse: Hart, H. L. A., *Law, Liberty, Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963. [trad. cast. de M. A. Ramiro, *Derecho, libertad, moralidad*, Madrid, Dykinson, Colección Traducciones del IDHBC, 2006] DEVLIN, Patrick, *The Enforcements of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965 [trad. al cast. de M. A. Ramiro, *et. al.*, *La imposición de la moral*, Madrid, Dykinson, Colección Traducciones del IDHBC, 2010.]. Véanse, también: DE PÁRAMO, Juan Ramón, “El moralismo legal contraataca”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 571-580; MALEM SEÑA, Jorge, “La relación entre Derecho y moral: la polémica Hart-Devlin”, en: *Íd.*, *Estudios de Ética Jurídica*, México, Fontamara, 1996.

Como se sabe, las discusiones actuales sobre el paternalismo en general comienzan con el artículo de G. Dworkin en donde se señala que por paternalismo podemos entender: «la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada»¹⁶⁵. En el caso concreto del paternalismo jurídico, nos dice: «se produce una intromisión por parte del Estado en la vida de las personas a través de ciertas políticas públicas o de normas jurídicas que, en su versión negativa, *prohíben* la realización de una serie de comportamientos, *obstaculizan* ciertas acciones, *desalientan* determinadas opciones o *desaconsejan* algunas elecciones que directamente no dañan a terceras personas pero que pueden dañar o no beneficiar a las personas que los realizan»¹⁶⁶. Adviértase, por lo que aquí interesa, que lo que busca la medida paternalista es evitar un daño a la persona sobre la cual recae y para que pueda tomarse es necesario que aquella pueda considerarse ‘incompetente básico’ lo que significa, en cierto sentido, que se trata de una persona con un cierto déficit por el cual no puede considerarse autónoma¹⁶⁷.

Por otro lado, se ha dicho que al moralismo legal subyace una preocupación. Dicha preocupación tiene que ver con el grado de ‘cohesión’ u ‘homogeneidad’ que se considera necesaria para que la convivencia social sea posible. Y la cuestión medular es ésta: ¿el hecho de que cierta conducta sea inmoral según los estándares comunes, es suficiente para justificar que esa conducta sea punible por el Derecho? ¿Es moralmente permisible imponer la moralidad como tal? ¿Debería ser la

¹⁶⁵ DWORKIN, Gerald, “Paternalismo” trad. de J. Malem, en: J. Betegón y J. R., de Páramo, *Derecho y moral. Ensayos Analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pág. 148. Véanse el número monográfico de la revista *Doxa* (núm. 5, 1988) dedicado al paternalismo jurídico; particularmente, el artículo de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”; cit., ALEMANY, Macario “El Concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa*, núm. 28, 2005, pp. 265-303.

¹⁶⁶ Véase: RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, *Derechos y libertades*, núm. 15, 2006, pp. 211-256, aquí pág. 213.

¹⁶⁷ Véase: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Es éticamente justificable el paternalismo jurídico” en: *Id.*, *Derecho, ética y política*, Madrid 1993, p. 361 ss. Según este autor, el paternalismo puede justificarse cuando una persona no tiene lo que denomina “competencia básica”, lo cual sucede en las siguientes situaciones: a) cuando no conoce los elementos relevantes de las circunstancias en las que ha de desenvolverse; b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida que no tiene la posibilidad de materializar sus propias decisiones; c) cuando, temporal o permanentemente, sus facultades mentales están distorsionadas; d) cuando actúa bajo constrictión; e) cuando, aceptando la importancia de un bien o un objetivo, y no queriendo ponerlo en peligro, él no quiere utilizar los únicos medios apropiados para lograr aquel bien, aunque pueda disponer de ellos con facilidad.

‘inmoralidad’ un delito?¹⁶⁸ El moralismo legal defiende que el Estado penalice todas las conductas que sean inmorales porque, aunque no son directamente dañinas u ofensivas, tienen un efecto negativo en las personas que las realizan así como para la sociedad. Considera que existe un derecho de la sociedad a usar el Derecho para protegerse de aquellas prácticas tanto internas como externas que atenten contra el buen funcionamiento de la misma. En algunos casos se alude al ‘derecho de la sociedad’ a su propia conservación; en otros al ‘derecho a evitar su desintegración’¹⁶⁹. Los casos más significativos, como he señalado, se relacionan con la penalización de conductas tales como la homosexualidad, la pornografía o la prostitución.

A estas posiciones, el liberalismo suele oponer el principio de daño, originalmente formulado por J. S. Mill y según el cual:

«el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede justificadamente ser obligado a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo»¹⁷⁰.

Si bien puede haber casos en los que pueda limitarse la libertad de acción en casos de paternalismo jurídico *justificado*, el liberalismo parece del todo incompatible con medidas perfeccionistas, esto es, con aquellas acciones que tengan por objetivo asegurar que los ciudadanos se convertirán en ‘hombres buenos’ siguiendo un modelo de excelencia humana. Esto choca diametralmente con sus postulados pues requeriría que el Estado se involucrara en la discusión (o determinara) qué sistema moral

¹⁶⁸ HART, H. L. A., *Derecho, libertad y moralidad*, cit., aquí pág. 99.

¹⁶⁹ Véase: RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, “A vueltas con el moralismo legal”, cit.

¹⁷⁰ MILL, Jonh Stuart, *On Liberty*, London-UK, 1859 [trad. cast. de C. Mellizo, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, por donde se cita, pág. 94-95]

comprehensivo le sirva de base¹⁷¹. En definitiva, la noción de autonomía lleva implícita una suerte de protección contra la imposición de aquellas medidas que busquen ordenar o cambiar sus preferencias contra su propia decisión.

1.5 UNA PROPUESTA DE AUTONOMÍA PARA ARTICULAR EL IDEAL DEL IMPERIO DE LA LEY

La propuesta en la que me gustaría detenerme un momento es una propuesta de concepción compleja de autonomía. O más exactamente, una concepción compleja de la persona humana bajo la cual sería posible sustentar el edificio del imperio de la ley¹⁷². Para ello se hace necesario matizar o pulir aquellos elementos que resultan más controvertidos o que, simplemente, son poco plausibles desde la óptica jurídica y política. Se trata de diversos elementos o estadios todos ellos necesarios para formar una visión que se quiere exhaustiva de dicha concepción. Son los siguientes: a) libertad negativa para realizar acciones, b) control racional de la satisfacción de preferencias de acuerdo con su jerarquía estratificada, c) proyección de las decisiones reflexivas en el tiempo y d) conformación de planes generales abstractos e interrelacionados. Por lo demás, como señala, F. Laporta, la noción de autonomía personal tiene valor regulativo: ser autónomo, nos dice, es algo valioso, algo que tiene valor y que exige ser realizado. No obstante ello no significa que no se trate de un concepto gradual pues, dada la complejidad de sus elementos, hace referencia a un estado de cosas que puede ser alcanzado en mayor o menor medida.

El primer estadio tiene que ver con la percepción inmediata del ser humano como un agente que tiene dentro de sí el *motor* de su acción u omisión, esto es, la

¹⁷¹ Escribe a este respecto C. Rosenkrantz: “la expresión paradigmática del perfeccionismo estatal ha sido Aristóteles. En *La Política* afirmaba que ‘el legislador debe trabajar para asegurar que los ciudadanos se convertirán en buenos hombres. Por ello, debe saber qué instituciones producen estos resultados y cuál es el fin u objetivo al que debe dirigirse la vida buena’. Para señalar posteriormente que lo anterior: “no puede ser soportado desde el liberalismo. Tal y como señala Ackerman, la cultura política del liberalismo es una cultura de abstinencia, es decir, una cultura en donde nos negamos a adentrarnos en ciertas discusiones como único mecanismo para librarnos de la obligación de hablar un discurso que niegue nuestras convicciones morales más firmes”. Cf. ROSENKRANTZ, Carlos, “El valor de la autonomía”, cit.,pág. 21-22.

¹⁷² En esta parte sigo fundamentalmente a: LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., pág. 35 y ss. En el mismo sentido puede verse la propuesta de: COLOMER, José Luis, “Autonomía y derechos humanos”, J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 139-187, aquí pág. 145 y ss.

visión del ser humano como dueño de su haz de motivaciones¹⁷³. Y para que ello realmente pueda predicarse, es necesario que la persona *no* sea objeto de interferencia o control externo. Para ser dueño de su haz de motivaciones, en palabras de Colomer, se precisa:

«la posesión de ciertas competencias mentales y psicológicas como la autoconsciencia, la capacidad de actuar de acuerdo con fines de los que somos conscientes, o de formarnos intenciones de acción, la capacidad de actuar por razones, así como la capacidad de articular planes, proyectos o emprender actividades que en cierta medida constituyen el contenido de esa vida dirigida por uno mismo o autónomamente conducida. Estamos ante las condiciones básicas de la racionalidad teórica y práctica, y de la capacidad de la voluntad para llevar adelante cursos de acción decididos por uno mismo»¹⁷⁴.

Se trata de la llamada libertad negativa, de esa idea de libertad referida a un ámbito de inmunidad de los individuos para que puedan hacer lo que les plazca sin interferencias o coacción alguna, siempre que no sea contrario a un derecho similar de terceros¹⁷⁵. De tal forma que no alcanzaría este estadio de autonomía todo aquel que ve interceptado el actuar de acuerdo con su voluntad porque se interpone entre él y su acción una determinación necesaria, un obstáculo real o una amenaza normativa¹⁷⁶. La autonomía hace referencia aquí a la ausencia de manipulación y coerción. Pero no debemos reducir la idea de autonomía a esto, pues proporciona sólo una visión empobrecida del término.

El segundo estadio es el control racional de las preferencias¹⁷⁷. La idea de que los individuos se auto-dirigen o auto-gobiernan tiene que ver con la posibilidad de que éstos puedan decidir sobre sus creencias y preferencias. Se trata de una disposición reflexiva para cuestionar los conocimientos adquiridos, de una capacidad para cuestionar su fiabilidad a la luz de nuevas razones o argumentos, etc. La autonomía implica hacerse cargo de la propia vida epistémica. Ahora bien, nadie crea sus

¹⁷³ LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., pág. 23

¹⁷⁴ Véase: COLOMER, José Luis, “Autonomía y derechos humanos”, cit., pág. 146.

¹⁷⁵ BERLIN, Isaiah, “Libertad” en: Íd., *Sobre la libertad*, edición de H. Hardy, (A. Rivero, editor en castellano), Madrid, Alianza, 2004, pág. 504.

¹⁷⁶ LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley*, cit., pág. 24

¹⁷⁷ Cf. LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley*, cit., pp. 26-6

preferencias de la nada. Más bien incorporamos de nuestro entorno muchos ideales, intereses, objetivos, valores y modelos de vida pues en esto consiste la socialización. Como dice Laporta, la peculiaridad reside entonces en cómo lo hace el agente autónomo: con independencia. De tal forma que, aunque existan influencias sociales que se proyecten sobre aquel, éste tendrá la posibilidad de pasarlas por ‘un filtro de racionalidad’, por un escrutinio crítico que puede dar como resultado su aceptación o su rechazo. No pueden tenerse como válidos cualesquiera deseos o preferencias que el agente tenga, al margen del proceso de su formación o consolidación¹⁷⁸. Se desdobra el individuo en dos universos, uno de los cuales se superpone y controla al otro: el individuo se ve a sí mismo como un ser con creencias y deseos que puede producir y gobernar desde su racionalidad.

Sin embargo, esta articulación del sujeto en un ‘yo racional’ y un ‘yo pasional’ tiene algún inconveniente que ha sido también destacado muchas veces por la literatura, sobre todo a la luz del trabajo de I. Berlin. Este autor ve el problema de identificar un «yo verdadero» con un «yo racional» que ha de satisfacerse a largo plazo, que se contrapone por tanto al impulso racional, a los deseos no controlados, a mi naturaleza inferior, que tiene que ser castigado si alguna vez surge en toda su «verdadera» naturaleza. Aún más, puede darse el supuesto en que esos «yoes» se representen separados por una distancia aún mayor, de tal forma que se identifique al «verdadero yo» con una entidad superior que acabaría por imponer su única voluntad colectiva a sus miembros. Al lograr su libertad, tal entidad conseguiría una libertad superior para sus miembros. Si se observa con atención, ello abriría la posibilidad de reconocer que es plausible, y a veces justificable, «coaccionar a los hombres en nombre de algún fin que ellos mismos perseguirían, si fueran más cultos, pero que no persiguen porque son ciegos, ignorantes o están corrompidos»¹⁷⁹. La libertad positiva identificada con «la eliminación de los obstáculos que se oponen a mi voluntad, cualesquiera que sean estos obstáculos: la resistencia de la naturaleza, de mis pasiones

¹⁷⁸ La racionalidad implica opciones de optimización e implica juzgar nuestros deseos que, en ocasiones pueden ser irracionales v. gr. desear fuertemente algo que está fuera de nuestro alcance. Los deseos racionales deben ser autónomos y no lo son si somos juguetes de procesos psíquicos de, sin que lo sepamos, moldean nuestros intereses y valores. La racionalidad tal y como se entiende es una variedad de la intencionalidad. Para que sea racional algo tiene que estar dentro del alcance de una acción o reflexión consciente y deliberada. Véase: ELSTER, Jon, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, trad. de C. Gardini, Gedisa, Barcelona, 1995, pp. 13-16.

¹⁷⁹ BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, cit., aquí pág. 233.

no dominadas, de las instituciones irracionales o de las opuestas voluntades o conductas de los demás»¹⁸⁰ puede ocasionar problemas al trasladarse al mundo político¹⁸¹.

Se trata de los problemas de las ‘perversiones de la libertad positiva’ y que puede resumirse así:

«si la razón ha de imponerse a los deseos, ordenarlos y filtrarlos antes de dejarlos surtir sus efectos como motivos para la acción, entonces es indiferente que sea la razón del propio agente o la de cualquier otro, pues por definición ambas tendrían que proporcionar la misma solución. Por consiguiente, si vemos que un agente adopta irracionalmente sus creencias u ordena irracionalmente sus preferencias podremos hacerle el favor e imponerle, por encima de sus decisiones, una determinada ordenación»¹⁸².

Cuando ello sucede se incurre en uno de los reduccionismos de la libertad¹⁸³. Nadie que sea tratado de esa forma puede considerarse como un individuo autónomo. De hecho, la noción de autonomía lleva implícita la idea de que los individuos no sólo desean experimentar, sentirse de determinada manera, sino que aspiran a ‘hacer las cosas’ y que no les sean dadas. En esto radica la importancia de la noción de autonomía, pues no es el resultado o la consecuencia de lo que se consigue siendo autónomo lo que importa, sino el proceso mismo de serlo, cualquiera que sea el resultado que con él alcancemos como seres humanos. El tirano no puede apelar a este segundo estadio de autonomía para imponer ninguna racionalidad porque por el mero hecho de ser impuesta traicionaría sus propios presupuestos. Por ello, nos dice Laporta, las posibles perversiones institucionales detectadas por Berlin en la aplicación política del principio de ‘libertad positiva’ no estarían justificadas¹⁸⁴.

El tercer estadio pasa por incorporar el factor tiempo a la acción y la deliberación. El vector tiempo hace aparecer al agente como alguien que, al menos en algunas ocasiones, toma una decisión hoy con la vista puesta en lo que le sucederá

¹⁸⁰ *Ídem.* pág. 249.

¹⁸¹ Sobre esto abundaré un poco más adelante.

¹⁸² LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley.* cit., pág. 28.

¹⁸³ Véase: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales,* cit., pág. 240

¹⁸⁴ LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley.* cit., pág. 29.

mañana: un agente en el tiempo t_1 se ve a sí mismo tal y como desearía ser en el tiempo t_2 . En ese tiempo t_1 toma una decisión sobre sus deseos y preferencias *porque* esta decisión tendrá un cierto efecto sobre sus deseos y preferencias en t_2 . La capacidad de relacionarse con el futuro, se ha dicho, es el rasgo de la racionalidad específicamente humana¹⁸⁵. Un rasgo capital de nuestra concepción compartida del ser humano es que es capaz de verse *a sí mismo* a lo largo del tiempo. Esto le permite pensar de él todo un abanico de posibilidades antes inexistente: la autoperfección, la autodirección, el autodomio, la autorrealización, en definitiva, moldearse a sí mismo, lo que va a repercutir en la idea de que cada uno es responsable de quien es, de su propio yo. Esa particular reflexividad de su conciencia crítica le hace tener creencias respecto de sus propias creencias (creencias de segundo orden). Lo que en todo caso convendría destacar, según Laporta, es, por una parte, que la razón juega un papel importante en la noción de autonomía y, por otra, que el ser humano es un ser dotado de ciertos resortes siempre en tensión hacia el futuro, anticipándolo y actuando en función de él, y que la autonomía personal sólo adquiere pleno sentido en la continuidad temporal¹⁸⁶.

El cuarto y último estadio apunta a la capacidad premonitiva y reflexiva analizada anteriormente que se proyecta en toda la vida del individuo o, mejor, se proyecta en el individuo como vida. Se trata del uso disposicional de los juicios sobre la autonomía personal: se refieren al seguimiento de la persona de un plan o concepción de su vida que unifica propósitos. Es decir, de aquellos proyectos que persisten a lo largo del tiempo, dotan de un grado significativo de estabilidad a la vida de los individuos, estimulando acciones coherentes con tal propósito. Esto nos llama la atención sobre la idea de que somos seres planificadores y que ello nos define marcadamente. Los planes son instrumentos que utilizamos para desarrollar y coordinar nuestras actividades con una mínima probabilidad de éxito y sin tener para ello que incurrir en agotadoras reflexiones. Con ellos proyectamos y realizamos nuestra personalidad. Ahora bien, no se trata de que la vida del individuo esté sometida a un plan. Sino únicamente de recalcar que cuando imaginamos a una persona autónoma, la misma no se dirige únicamente a tenor de un esquema estímulo-

¹⁸⁵ Véase: ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 3ª. reimp. 2000, pág. 7.

¹⁸⁶ LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley*. cit., pág. 30.

respuesta respecto de su medio ambiente. Al contrario, la autonomía incorpora este sentido de anchura y longitud que proveen los planes de vida y se configura como un ideal de auténtica construcción del ser humano¹⁸⁷.

Esa es la propuesta de concepción compleja articulada por Laporta que puede servir para articular el imperio de la ley. Por lo demás, me parece que con ella la apuesta del legalismo parece ya clara: no es otra sino la idea de que el sujeto individualmente considerado es el actor principal de la moral. Que la perspectiva moral debe ser fruto o producto de la libre elección individual. Este es, digamos el sentido que se quiere atribuir a la noción de autonomía y que, no obstante es más compleja y fértil que la pura noción de libertad negativa; tal y como pudimos apreciar¹⁸⁸. Aquí son dos, finalmente, los puntos a destacar. Por un lado, el hecho de que el sujeto se constituya como el actor principal de la moral no debería abocarnos al relativismo más simple. Partimos del hecho de que existía un pluralismo de valores y que no había algo así como entidades morales verdaderas. De tal forma si tenemos al «pluralismo como un concepto válido, y es posible el respeto entre sistemas de valores que no sean necesariamente hostiles entre ellos, a continuación llegan la tolerancia y las consecuencias liberales», según señalara I. Berlin¹⁸⁹. Lo segundo, y a mi modo de ver más fundamental, es que, en el sentido seminal de autonomía aludido, que lleva también implícita la idea de auto-gobierno, lo realmente relevante en su traslado al mundo político será resguardar *La ciudadela interna* de los individuos. Esto es, reafirmar su primacía sobre lo político y social por medio del establecimiento de unos derechos negativos que normalmente prevalezcan sobre cualquier otro tipo de

¹⁸⁷ LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley*. cit., pág. 30-1.

¹⁸⁸ Como sintetiza magníficamente J. L. Colomer, la noción de autonomía individual se ha postulado como: “la justificación más convincente de todo el sistema de derechos y libertades que definen el pensamiento liberal (Rosenkratz), o como núcleo de la concepción de la persona en que se funda el principio de ‘igual consideración y respeto’ que preside al pensamiento democrático liberal (Ronald Dworkin) o, en la huella de Kant, como principio o condición de cualesquiera principios y normas morales (Nino); pero también como componente básico de los modelos constructivistas de fundamentación de los principios de justicia (Rawls, Ackermann, Alexy) o como *rousseauiano* fundamento moral de la vinculación de las decisiones y leyes democráticamente adoptadas (Hierro, Gerald Dworkin), o finalmente, al modo de Jonh Stuart Mill como fundamento de principio que limita la interferencia estatal en las acciones de las personas que no causan daño a otro. Cf. COLOMER, José Luis, “Autonomía y derechos humanos”, cit., pág. 141.

¹⁸⁹ Véase: BERLIN, Isaiah, “Mi camino intelectual” cit., en: *Id.*, *El poder de las ideas*, ed. de H. Hardin, Espasa-Calpe, aquí pág. 43-44.

consideraciones agregativas a la hora de determinar qué tratamiento debemos a las personas en sus relaciones con terceros o con el Estado.

2. CONSTITUCIONALISMO: LA CONCEPCIÓN REPUBLICANA DE LIBERTAD

La propuesta de punto de partida del modelo que aquí propongo se basa en un desarrollo de filosofía moral y política. Dicho desarrollo no es otro sino una versión contemporánea del concepto republicano de libertad. El republicanismo como ha sido conceptualizado recientemente se nutre de principios tales como libertad, igualdad y auto-gobierno. Entiendo que el mismo puede servir como base para articular un modelo de imperio de la Constitución en la medida en que pretende mediar o articular de otra forma las relaciones del individuo con el Estado, así como otra forma de democracia. Desde ahora debe decirse que el mismo se ha entendido de distinta manera y que aquí no se va a hacer una taxonomía detallada. Simplemente se tomarán algunos elementos que sirvan para articular la idea de imperio de la Constitución que voy a proponer. Para ello considero útil volver a una polémica que no es en sentido estricto política sino también de filosofía moral. Se trata de la crítica a la filosofía moderna fruto de la ilustración a cargo de los autores que se han agrupado en las «críticas comunitaristas al liberalismo»¹⁹⁰. La modernidad, a la que ya hemos aludido, se ha identificado en el plano político con la parroquia liberal y con los principios que la animan¹⁹¹.

¹⁹⁰ La etiqueta, como la mayoría de los casos, es meramente ejemplificativa. Sobre la variedad a este respecto, véanse: GUTMANN, Amy, “The Communitarian Critic of Liberalism”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, núm. 3, 1985, pp. 308-322; GARGARELLA, Roberto, “El embate comunitarista”, en Íd., *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 125 y ss; KUKATHAS, Chandran y PETTIT, Philip, *John Rawls. A Theory of Justice and Its Critics*, Stanford, Stanford University Press, 1990 [trad. cast. de M. A. Rodilla, *La teoría de la justicia y sus críticos*, Madrid, Tecnos, 2004, por donde se cita, esp. cap. VI “La crítica comunitarista”]; PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *La polémica liberal-comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Madrid, Dykinson, Cuadernos del IDHBC, 2005; así como BELL, Daniel, “Communitarianism”, *Stanford Encyclopaedy of Philosophy*, en línea: <http://plato.stanford.edu/entries/communitarianism/> [última consulta: 31/08/13]

¹⁹¹ Como se sabe, dicha crítica puede presentarse como parte de una tradición filosófica distinta y, sobre todo, en algunas polémicas. En el primero de los casos, asoma la figura de Aristóteles con su concepción teleológica de la naturaleza humana. En el segundo caso, tenemos, por una parte, la polémica de Hegel contra Kant. Como veremos en seguida, Hegel defendía que la idea de lo bueno está inescindiblemente unido a la eticidad de una determinada comunidad [*Sittlichkeit*]. Frente a lo postulado por otros autores –que para exaltar la libertad precisaron distanciarse o incluso ir contra su propia matriz histórica o social–, Hegel no pasó por alto la naturaleza de las comunidades realmente existentes y la forma en que estas conforman a quienes viven en ellas. Este es un punto discutido al que

En línea con lo que he venido haciendo en estas páginas, propongo detenernos un momento en esta polémica sobre los límites de la filosofía moral moderna. Y lo estimo oportuno básicamente por dos razones. La primera es porque son precisamente tales cuestionamientos los que obligan a mostrar o, mejor, a defender, que la perspectiva kantiana –a pesar de su carácter trascendental– no es un formalismo vacío; sino, ante todo, una filosofía que nos permite tomar distancia (crítica) respecto de nuestras prácticas, tradiciones o costumbres. Hasta el día de hoy, parece indispensable si queremos un tipo de organización social en la que sea el individuo quien juzgue, critique, pase por el tamiz de su experiencia, lo que hace, lo que desea. Es una filosofía moral y política que nos constituye en sujetos autónomos¹⁹². Sin ella, incluso, no puede haber siquiera ética. La segunda, es porque a partir de ella, en la filosofía política, se codifica el republicanismo contemporáneo –que se va refinando en alguna de sus versiones, hasta convertirse en una propuesta dentro de la órbita liberal–. La misma será objeto de estudio en la segunda parte de este apartado. Finalmente, y antes de centrarme en la clave de la propuesta constitucionalista, llamaré la atención sobre algunos aspectos documentados sobre la racionalidad humana que sirva como contrapeso y que nos invitan a matizar la concepción compleja de la persona presentada.

2.1 DE NUEVO SOBRE SUJETO Y COMUNIDAD

Comenzaré recordando un extremo que subyace al presente trabajo y que es su incardinación dentro de un proyecto de corte liberal e ilustrado. El mismo puede ejemplificarse en la obra de Kant así como en la primacía que los autores liberales conceden a la idea de justicia sobre las concepciones de la vida buena. En esto se basa

me referiré más adelante dado que en ocasiones se le achaca que con ello sento las bases tanto para el nacionalismo como para una deriva organicista de la sociedad y el Estado. Por último, a la sombra de aquellos, la crítica vino a tomar su presentación contemporánea en las críticas que distintos autores esgrimieron contra el neo-contractualismo rawlsiano de su obra fundamental *A Theory of Justice*, también de cuño kantiano. Véase, por lo pronto: THEIBAUT, Carlos, “Neo-aristotelismos contemporáneos” en: V. Camps, O. Guariglia y F. Salmerón, *Concepciones de la ética*, EIAF, Madrid, Trotta, pp. 29-51.

¹⁹² En este sentido, por ejemplo, véase el trabajo del profesor J. Muguerza: “Habermas en el ‘Reino de los Fines’”. (Variaciones sobre un tema kantiano)”, en: E. Guisán, *Esplendor y miseria de la Ética Kantiana*, Barcelona, Antropos, 1988, donde defiende esta tesis y contrapone, algunas de las consecuencias que se seguirían del planteamiento habermasiano, que aludirémos más adelante.

la llamada «ética liberal»¹⁹³ que se compone de varios principios regulativos. Para recordarlos brevemente: en el núcleo de su programa encontramos ideas tales como la tolerancia, la neutralidad de la acción estatal respecto a las concepciones comprensivas del bien o del espacio público¹⁹⁴, la autonomía de las normas que regulan sistemas de interacción en sociedades plurales, complejas, pero sobre todo, la idea de autonomía moral de los individuos y la de su inalienable dignidad. Es la que con buen criterio se ha llamado «nuestra configuración moral del presente» la que, desde el siglo XVIII se ha ido extendiendo de manera generalizada. Se trata de: «una sensibilidad moral y política de forma continuada cuyos conceptos e ideas –nacidas y formadas en la ilustración y en su crítica– son el imperativo de reducción del dolor, el de la justicia universal, el de la individualidad moral libre y autónoma, el de la igualdad de los hombres y las naciones»¹⁹⁵. Ese es, básicamente, el proyecto que se ha visto cuestionado.

Una primera parcela de crítica está en la idea del ‘ser’ [*self*] que, se sostiene, manejarían los liberales. Se trata de la idea del yo sin atisbo de ‘identidad’, como un ‘sujeto absolutamente descarnado’, fuera de cualquier marco de significación o forma de vida. Como se sabe, una de las presentaciones del argumento que ha hecho mayor fortuna en la actualidad lo encontramos en M. Sandel y su idea del ‘yo-desvinculado’

¹⁹³ La ética liberal, nos dice Sandel, “sostiene la prioridad de lo correcto y busca principios de justicia que no presupongan ninguna concepción particular de lo bueno. Esto es lo que quiere decir Kant al sostener la supremacía de la ley moral, y lo que quiere decir Rawls cuando afirma que ‘la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales’. La justicia es más que un valor cualquiera. Provee el marco que regula el juego de los valores y fines en pugna; por lo tanto, debe tener una aceptación independiente de aquellos fines”. Véase: SANDEL, Michael, “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, *Political Theory*, vol. 12, núm. 1, 1984 [trad. cast. “La república procedimental y el yo desvinculado”, en: R. Gargarella, F. Ovejero, J. L. Martí, *Nuevas ideas republicanas*, cit., aquí pp. 75-92, aquí pág. 78.]

¹⁹⁴ “La deliberada lejanía de la acción de gobierno respecto de ideales de planes de vida o modelos de excelencia que es el núcleo sobre el que gravita la tesis de la neutralidad –escribe J. Betegón–, no debe ser entendida como la necesaria expresión de un escepticismo metaético, actitud ésta que, por otra parte, no es compartida por muchos de los más fervientes defensores del liberalismo. Si el liberalismo presupone ciertamente la idea de tolerancia, si aquí cabe encontrar de forma gremial los argumentos más propios de la filosofía liberal, aquella no representa desde luego mera indiferencia, el valorar todo de la misma manera o un imperativo para abstenerse de toda crítica. Aunque con frecuencia se haya mezclado la descripción del pluralismo social con la posibilidad de contar justificación a todos los puntos de vista, lo cierto es que tanto el propio análisis conceptual como la experiencia histórica desmienten tal confusión”. Véase: BETEGÓN, Jerónimo, “Liberalismo, comunitarismo, derechos”, en: J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 41-65, aquí pág. 43.

¹⁹⁵ THIEBAUT, Carlos, *Los límites de la comunidad. Las críticas comunitaristas y neoaristotélicas al programa moderno*, Madrid, CEC, 1992, aquí pág. 92.

[*unencumbered-self*]. Tal imagen se puede apreciar, por ejemplo, en la idea de sujeto trascendental de Kant para quien, «la prioridad de lo justo (o la supremacía de la ley moral), y la unidad del yo (o la unidad sintética de percepción), sólo podrían establecerse mediante una deducción trascendental y de la formulación de un dominio inteligible o noumenal como el presupuesto necesario de nuestra capacidad de actuar libremente y acceder al autoconocimiento»¹⁹⁶. Así, el sujeto kantiano es absolutamente independiente para elegir por sí mismo. No está constreñido por historia, tradición o circunstancia alguna –o como se dice es «independiente de la experiencia»–. Y eso precisamente es «lo que la ética kantiana requiere»: su independencia «aparece no sólo como posible, sino como indispensable, como condición necesaria de la posibilidad de la libertad»¹⁹⁷.

La «posición original» de Rawls es otro ejemplo. No obstante, hay que precisar que la misma no puede equipararse sin más a la de Kant, toda vez que busca intencionadamente rebajar la carga idealista del sujeto kantiano a la vez que preserva sus enseñanzas y atractivos morales¹⁹⁸. En efecto, Rawls no deja lugar a dudas a este respecto cuando señala que aquella «puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción kantiana de autonomía y del imperativo categórico del sistema de una teoría empírica»¹⁹⁹. De tal modo que la posición original permite mantener la distancia (crítica), a la que hacía alusión anteriormente, pero sin llegar a los dominios de lo trascendente²⁰⁰. Para este propósito cuenta con dos ingredientes de primer orden respecto de lo que sujetos en la posición original conocen y, sobre todo, respecto de lo que *no* conocen tras el «velo de la ignorancia». Lo que se pretende con éste «es anular los efectos de las *contingencias específicas* que ponen a los hombres

¹⁹⁶ Véase: SANDEL, Michael, *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge, CUP, 1982, [hay trad. cast. de M. L. Melón, *Liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000, por donde se cita, aquí pág. 41]. En términos similares, sostiene Sandel en otra trabajo: ‘de acuerdo con Kant, lo correcto ‘procede totalmente del concepto de libertad, dentro de las relaciones exteriores de los hombres entre sí, y no tiene nada que ver con el fin que éstos poseen de modo natural (es decir, la tendencia a la felicidad) ni con la prescripción de los medios para lograrlos. En cuanto tal, debe tener una base anterior a todo fin empírico. Sólo cuando yo esté gobernado por principios que no presupongan ningún fin particular soy libre para perseguir mis propios fines en forma consistente con una libertad similar para todos’. Véase: SANDEL, Michael, “La república procedimental y el yo desvinculado”, cit., aquí pág. 79)

¹⁹⁷ SANDEL, Michael, “La república procedimental y el yo desvinculado”, cit., aquí pág. 80.

¹⁹⁸ Cf. SANDEL, Michael, “La república procedimental y el yo desvinculado”, cit., aquí pág. 81

¹⁹⁹ RAWLS, Jonh, *Teoría de la justicia*, cit., aquí pág. 241.

²⁰⁰ SANDEL, Michael, *Liberalismo y los límites de la justicia*, cit. aquí pág.

en situaciones de desigualdad y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho»²⁰¹.

Esto último es el punto a destacar: lo que *desconocen* los sujetos tras el velo de la ignorancia. Supone que quienes participan en la «posición original» ignoren casi todo respecto de sí mismos²⁰². Ahora bien, de esa posición emerge, como producto final, el núcleo de su teoría consistente en los dos principios de justicia. También emerge –y esto es lo que alegan los comunitaristas– una determinada concepción de la persona. O de modo más preciso: una teoría del sujeto moral²⁰³. ¿Cuál es esa concepción? Es decir ¿cuál es la imagen de la persona que se maneja en la posición original? o ¿cómo debemos ser si somos seres para quienes la justicia es la primera de las virtudes? Para los autores comunitaristas no hay duda al respecto. Dicha concepción no es otra sino la «del yo-desvinculado, un yo entendido como anterior e independiente de propósitos y fines»²⁰⁴. Se trata del «yo carente de rasgos constitutivos, [de] un sujeto puro, no adulterado, esencialmente descarnado»²⁰⁵. Es esa concepción del sujeto la que permite pensarle como agente libre e independiente, capaz de elegir. De tal forma que «ningún papel o compromiso podría definirme de forma tan completa como para que yo no pueda comprenderme sin él. Ningún proyecto podría ser tan esencial que dejarlo de lado supondría poner en duda la persona que soy»²⁰⁶. Este es el primer flanco de crítica.

²⁰¹ RAWLS, Jonh, *Teoría de la justicia*, cit., aquí pág. 135. (cursivas mías)

²⁰² Según el planteamiento rawlsiano en la posición originaria y tras el velo de la ignorancia los sujetos no conocen: «su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza. Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como aversión al riesgo, o su tendencia al pesimismo o al optimismo. Más todavía, supongo que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia teoría. Esto es, no conocen su situación política o económica, ni el nivel cultural y civilización que han sido capaces de alcanzar. Las personas en la posición original no tienen ninguna información al respecto a qué generación pertenecen. Estas amplísimas restricciones al conocimiento sin apropiadas en parte porque entre las generaciones y dentro de ellas se plantean cuestiones de justicia social, por ejemplo la cuestión de cuál es la cantidad de ahorros apropiada o la cuestión de la conservación de los recursos naturales y del medio natural. Existe también, al menos teóricamente, la cuestión de una política genética razonable. Con el objeto de completar la idea de la posición original, tampoco en estos casos deberán las partes saber cuáles son las contingencias que les llevarán a oponerse entre sí». RAWLS, Jonh, *Teoría de la justicia*, cit., aquí pág. 135-136.

²⁰³ “En la teoría de la justicia de Rawls se encuentra implícita una concepción del sujeto moral que tanto modela los principios de la justicia como es modelado a su imagen a través del medio de la posición original”. Cf. SANDEL, Michael, *Liberalismo y los límites de la justicia*, cit. pp. 70-71.

²⁰⁴ SANDEL, Michael, “La república procedimental y el yo desvinculado”, cit., aquí pág. 82.

²⁰⁵ SANDEL, Michael, *Liberalismo y los límites de la justicia*, cit. aquí pág. 122

²⁰⁶ SANDEL, Michael, “La república procedimental y el yo desvinculado”, cit., aquí pág. 82

Pues bien, frente a esa imagen «atomista»²⁰⁷ de los individuos, esto es, como ser del todo auto-suficiente, sin marcos sociales de referencia, los autores ligados al comunitarismo proponen al «yo-situado» [*encumbered-self*]. Según esta forma de ver las cosas, la identidad del sujeto está constituida socialmente, con lo cual se otorga relevancia a los demás (a los *otros*) para la idea misma de identidad, de cómo se constituye ésta, de forma dialógica en una comunidad dada. Esta es la llamada «tesis social» que tiene un claro precedente en el aristotélico *zoon politikon* en tanto ser eminentemente gregario y capaz de comunicarse²⁰⁸. Un pasaje de C. Taylor es bien significativo al respecto. Para él, lo que se defiende con ella:

«no es solamente que el hombre aislado no puede sobrevivir sino que los hombres desarrollan sus capacidades específicamente humanas en la sociedad. La reivindicación sostiene que vivir en sociedad es una condición necesaria del desarrollo de la racionalidad, en algún sentido esta facultad, ya sea de llegar a agente moral en el sentido pleno del término o un individuo plenamente responsable y autónomo. Estas variaciones representan algunas formas para fundamentar la tesis del hombre como animal social. Este punto de vista sostiene que fuera de cierta organización social nuestras capacidades específicamente humanas no podrían desarrollarse. Si aceptamos esta tesis, entonces carece de importancia conocer si el hombre puede sobrevivir en estado salvaje: lo que importa es que este organismo no podría desarrollar su potencial específicamente humano»²⁰⁹.

Aún más, para Taylor, la idea del “yo” como actor responsable implica un sujeto capaz de hacer valoraciones a través de ciertos “valores fuertes” que le permiten interpretar su propia vida como un todo unificado y no como una fragmentación de momentos. Las valoraciones que hacen los individuos sólo tienen

²⁰⁷ La famosa imagen, como se sabe es de: TAYLOR, Charles, “Atomism”, *Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge, CUP, 1985 [hay trad. cast. de S. Mendlewicz y A. Calsamiglia, “Atomismo” en: J Betegón y J. R. De Páramo (coords.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 107-124, por donde se cita]

²⁰⁸ Véase: Aristóteles, *La Política*, trad. de M. García Valdés, Madrid, Gredos, Biblioteca Grandes Pensadores, tomo II, 2011.

²⁰⁹ TAYLOR, Charles, , “Atomismo”, cit., aquí pág. 110.

sentido en una determinada comunidad, en una determinada forma de vida u horizonte valorativo:

«no podemos dejar de lado las nociones fuertes y sustantivas del bien cuando intentamos solventar problemas, pues con ellas se define la tonalidad de nuestro lenguaje y nuestras argumentaciones éticas. Y así son las cosas, lo que ha de convertirse en tema fascinante no habría de ser tanto la existencia de esos marcos valorativos, y la tarea fenomenológica a la que su estudio nos invoca, cuanto las razones por las que la filosofía moderna olvidó su existencia»²¹⁰.

El mundo del “yo” es una historia precisa y una forma de vida. Esas comunidades constituyen un marco de comprensión del mundo y autocomprensión cognitiva y normativa. De este modo, a partir de la noción wittgensteiniana de la imposibilidad de los lenguajes privados, se deriva que la identidad moral depende de las formas concretas de existencia de la comunidad.

Ahora bien, para retomar el hilo del argumento, la perspectiva rawlsiana «no implica que seamos seres totalmente carentes de propósitos o incapaces de vínculos morales, sino que los valores y las relaciones que tenemos son producto de elección, ya que la posesión de un yo es dada anteriormente a los fines»²¹¹. Aclarado esto, de lo que en todo caso se le acusa es de proponer una visión fallida. Y lo sería porque, por un lado, un yo despojado de todos sus lazos constitutivos posibles no es sino un yo privado de poder; un yo que ni elige ni construye²¹². Por otro lado, porque el yo independiente, al estar esencialmente desposeído, no es capaz de merecer en el sentido habitual. Los postulados del mérito presuponen seres densamente constituidos de los que aquél carece²¹³. Pero, sobre todo, su propuesta es errónea porque:

²¹⁰ THIEBAUT, Carlos, *Los límites de la comunidad*, cit., aquí pág. 70.

²¹¹ SANDEL, Michael, *Liberalismo y los límites de la justicia*, cit., aquí pág. 219.

²¹² Según Sandel lo que sucede detrás del velo de ignorancia no es un acuerdo o contrato sino un tipo de descubrimiento; y lo que sucede con la ‘elección puramente preferente’ no es tanto una elección fines como una correlación entre deseos pre-existentes, no diferenciados en cuanto a su valor, y los mejores medios disponibles para satisfacerlos. Cf. SANDEL, Michael, *Liberalismo y los límites de la justicia*, cit., aquí pág. 219.

²¹³ Cf. SANDEL, Michael, *Liberalismo y los límites de la justicia*, cit., aquí pág. 221

«nadie puede considerarse independiente de esta manera sin un alto costo para las lealtades y convicciones cuya fuerza moral reside en parte en el hecho de que en nuestra vida cumplirlas es inseparable a nuestra comprensión de nosotros mismos como personas particulares que somos: como miembros de esta familia, comunidad, nación o pueblo; como sucesores de esta historia; como hijos o hijas de aquella revolución; como ciudadanos de esta república»²¹⁴.

Una persona sin ese tipo de ligámenes, de nexos constitutivos, en definitiva, «no es sino una persona completamente falta de carácter, sin profundidad moral»²¹⁵. Estos son algunos de los ‘temibles males’ que traería aparejado el liberalismo y sirve para explicar, en parte, el por qué del temor de los grupos conservadores o anti-liberales en las distintas sociedades²¹⁶.

Esto último sirve para introducir otro punto de polémica, que no es otro sino la incardinación de la moralidad a una comunidad, a un pueblo. Mientras que los liberales tienen una pretensión universalista de la moralidad, la que brinda la justicia como imparcialidad, la de unos derechos humanos inviolables; los comunitaristas alegan que las normas morales deben encontrarse en formas de vida particulares, contextualizadas y que, por lo mismo, pueden variar de un sitio a otro. Es decir, que el «*Moral Standpunkt*» debe ser el de las pautas morales surgidas dentro de una comunidad determinada, circundante, esto es, las «que sólo tienen sentido dentro de ella y que las mismas motivan a los individuos determinando y configurando como prioritarios los deberes hacia esa comunidad»²¹⁷. La experiencia de lo bueno, de la ética, es sobre todo una experiencia de nuestra sociabilidad, es *intersubjetiva*. De tal forma que debilitan «la universalidad de la pretensión racional de verdad que era un

²¹⁴ SANDEL, Michael, *Liberalismo y los límites de la justicia*, cit., aquí pág. 222.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Véase: NINO, Carlos Santiago, “El nuevo desafío comunitarista”, cit., aquí págs. 194-5. A juicio de Nino, los autores comunitaristas parecen caer en cierta contradicción con su crítica. En efecto, según el profesor argentino contra lo que aquellos autores suelen pensar, los rasgos universalista y abstracto del kantismo que objetan están de hecho incorporados a la estructura subyacente de la práctica dominante del discurso moral que casi todos –incluso los comunitaristas– parecen combatir cuando se discuten cuestiones sustantivas de moralidad social, aunque se trate de la defensa de una sociedad comunitaria. De ser así –continúa Nino– y si también fuera verdad, que esos presupuestos conducen a los principios liberales, el discurso moral sería una práctica liberal, en realidad el aspecto interno de las instituciones liberales (aunque tenga una cierta independencia fáctica de ella).

²¹⁷ Cf. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”, *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 95-114, aquí pág. 97.

elemento central de la razón de ser de las éticas emancipadoras modernas. Ese retorno a la particularidad anti-universalista supondrá una recaída en el *ethos*, en las formas de moralidad concreta, y con ella se negaría cualquier noción ética más allá del horizonte de una sociedad dada en un momento histórico dado»²¹⁸.

En este punto se aprecia la influencia de Hegel. Como sabemos, el filósofo se opuso a la abstracta racionalidad kantiana estimando que debía compatibilizarse con las costumbres éticas que son parte de nuestra naturaleza en tanto seres particulares de un tiempo y lugar determinado. Es decir, pretendía una síntesis entre nuestra naturaleza ética concreta, formada en una comunidad específica, y el aspecto racional de nuestro ser. En el sistema hegeliano deben distinguirse claramente dos significados del término moralidad: por un lado ‘moralidad’ [*Möralitat*] del individuo en tanto aislado de sus referencias sociales y primariamente responsable ante sí mismo; y, por otro, la ‘eticidad’ [*Sittlichkeit*], para la que uno se hace capaz por el hecho de pertenecer a una comunidad y colaborando en las tareas de la comunidad²¹⁹. La entronización de la libertad subjetiva en tanto *Möralitat* es el punto central que diferencia los tiempos antiguos de los modernos: «el derecho de la libertad subjetiva – nos dice Hegel –, constituye el punto central y de transición entre la antigüedad y la época moderna»²²⁰. Tal es el planteamiento de Kant y superarle será su objetivo con miras a establecer una doctrina del Estado como comunidad política, en la cual los individuos no van cada uno tras sus intereses privados, sino que conjuntamente persiguen sus intereses públicos²²¹.

Hegel, pues, busca renovar el concepto de lo ético. Ahora bien, podríamos preguntarnos ¿dónde encuentra inspiración para superar el punto de vista de la moralidad kantiana? Buscando asideros para su empresa, acude a Grecia donde la escisión entre eticidad y moralidad; entre individuo y Estado no se produjo. No se produjo porque, dicho en términos sumamente sencillos, no se conoció ni el

²¹⁸ THIEBAUT, Carlos, “Neo-aristotelismos contemporáneos”, cit. aquí pág. 33.

²¹⁹ Cf. ILTING, Karl-Heinz, “La estructura de la ‘Filosofía del Derecho’ de Hegel”, en: VV. AA., *Estudios sobre la Filosofía del Derecho en Hegel*, G. Amengual Coll (ed.), Madrid, CEC., pp. 67-92, aquí pág. 76.

²²⁰ Véase: HEGEL Friedrich G. W., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, (1820), [hay trad. cast. de J. L. Verma, *Principios de la filosofía del Derecho*, colección los libros de Sísifo, Ed. edhasa, Barcelona, 2ª ed., 1999, por donde se cita, (§141), aquí pág. 259]

²²¹ Cf. ILTING, Karl-Heinz, “La estructura de la ‘Filosofía del Derecho’ de Hegel”, cit., pág. 77

individualismo ni el cosmopolitismo moderno. Basado en la religión, el modelo griego reconciliaba al ciudadano con su polis en vez de desgarrarlo distanciándolo de ella. El griego se libera sin separarse de la vida ciudadana; se libera insertándose en un *ethos* común²²². En la eticidad griega «la moralidad en sentido propio, la interioridad de la convicción e intención no está aún presente, la cual no aparece para la voluntad hasta la separación infinita de lo subjetivo y lo objetivo, con la que la voluntad ha retrocedido así, a su *Adyton*, del saber de la conciencia moral. Por ello, los griegos, por estar despreocupadamente en la eticidad, fueron hombres éticos, no morales; figura primera y verdadera de su libertad no habían conocido aún ninguna conciencia moral»²²³.

Al parecer, Hegel pretendía ‘corregir’ más que ‘sustituir’ por completo la noción de moralidad kantiana o sus concretas manifestaciones políticas. De hecho, se niega expresamente a hacer propia la superación de Rousseau de la concepción liberal del Estado y su ideal de un Estado democrático. Y lo hace porque en él todas las situaciones sociales y políticas son reducidas a decisiones políticas. Por otra parte, rehúsa también el Estado platónico porque, de igual manera, las libertades individuales están completamente eliminadas en él²²⁴. Esa es la finalidad de su *Filosofía del Derecho*: renovar «la ética institucional propia de la tradición de la *Política* de Aristóteles, pero lo hace de tal manera que en ésta introduce el gran principio de la subjetividad y moralidad y la hace su objeto»²²⁵. De ahí que pueda decirse que en el núcleo de la filosofía hegeliana la concepción de un Estado en el

²²² Sobre este punto, extensamente: TAYLOR, Charles, *Hegel and Modern Society*, Cambridge, CUP, 1979 [trad. cast. de J. J. Utrilla, *Hegel y la sociedad moderna*, México, FCE, 1983]. Según Nino, es probable que la ofensiva antikantiana reciente se remonte a este libro, en el que, en efecto, Taylor enfatiza que Hegel “trató de combinar dos aspiraciones de la generación romántica, la de una autonomía radical y la de la unidad expresiva con la naturaleza y la sociedad; aspiraciones que eran una reacción contra el pensamiento y la sensibilidad del Iluminismo, que concebía a la naturaleza y la sociedad como instrumentos de los deseos e intereses del hombre”. Véase: NINO, Carlos Santiago, “El nuevo desafío comunitarista”, en *Íd., Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, aquí pág. 130.

²²³ RITTER, Joachim, “Moralidad y eticidad. Sobre la confrontación de Hegel con la ética kantiana” en: VV. AA., *Estudios sobre la Filosofía del Derecho en Hegel*, cit., pp. 147, 155.

²²⁴ ILTING, Karl-Heinz, “La estructura de la ‘Filosofía del Derecho’ de Hegel”, cit., aquí pág. 84

²²⁵ Así, El concepto de eticidad “ya no es idéntico con el *ethos* de la filosofía práctica aristotélica. Incluye un punto de vista de la moralidad, distinta a ella, y con ello libera a ésta de su separación – procedente del final de la tradición de la *Política*– de la realidad, la cual, en el giro de la época y con la revolución política y social y la fundamentación del derecho y del Estado sobre la libertad, ha obtenido el sujeto en la subjetividad y la substanciación en su libertad”. Cf. RITTER, Joachim, “Moralidad y eticidad. Sobre la confrontación de Hegel con la ética kantiana” aquí pág. 161.

cual ‘lo universal y lo particular’, ‘sustancialidad y subjetividad’ se encuentran unidos de manera que ambos tienen total validez y se complementan mutuamente. Su concepción no es otra sino la de un Estado en el que «la exigencia de los individuos de libre desarrollo y autodeterminación se encuentra satisfecha en la misma medida que la comunidad política es reconocida como una magnitud histórica que excede los intereses sólo individuales y privados». Esta es la síntesis a la que aludíamos²²⁶. La síntesis de «pensamientos fundamentales de la filosofía política de la antigüedad y de la modernidad y uniendo sentido político y libertad civil»²²⁷.

Es importante destacar un extremo del pensamiento de este autor. Aunque se haya dicho que su concepto de Estado es republicano, no debe pasarse por alto que el mismo ha sido objeto de duras críticas²²⁸. Si bien se orienta hacia «un modelo de política fácilmente abarcable en la cual todos los ciudadanos libres participan inmediatamente en los asuntos públicos, y en la conservación de su comunidad, tienen el fin común de su actuar»;²²⁹ lo cierto es que termina por sublimar al cuerpo político. Su *Filosofía del Derecho* desarrolla una parte de la filosofía del espíritu objetivo que Hegel mantuvo siempre ante sus ojos: la vida en sociedad del hombre, el mundo del espíritu y de la historia que él siempre contrapuso al de la naturaleza²³⁰. Con aquella interpretación, presupone «que los pueblos o naciones son como un individuo histórico-universal, a los que pertenece sin condiciones el hombre individual en su existencia histórica. Las posibilidades de depreciar el ideal hegeliano de Estado republicano como una ideología cerrada de corte nacional-estatal son inmensas»²³¹. Este es el núcleo del problema por el cual hoy se le critica especialmente como una suerte de divinización del aparato opresor de la libertad²³².

²²⁶ A este respecto, por ejemplo A. Cortina señala en su trabajo *Incluso un pueblo de demonios*, que toma en su línea constructiva una idea de Hegel y según la cual “la libertad no consiste sólo en poder elegir, sino sobre todo en poder hacerlo en una comunidad política que nos ofrezca buenas alternativas entre las que optar. Donde no hay buenas opciones no es posible ser en verdad libre, aunque sea posible elegir”. Elegir, sí, pero hacerlo en comunidad, y en las que se ofrezcan buenas alternativas. Véase: CORTINA, Adela, *Incluso un pueblo de demonios*, cit., aquí pág. 13.

²²⁷ Cf. ILTING, Karl-Heinz, “La estructura de la ‘Filosofía del Derecho’ de Hegel”, cit., pág. 86

²²⁸ Sobre esto, puede verse, de forma más amplia: AMENGUAL COLL, Gabriel, *La moral como derecho. Estudio sobre la moralidad de la Filosofía del Derecho en Hegel*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 11 y ss.

²²⁹ Cf. ILTING, Karl-Heinz, “La estructura de la ‘Filosofía del Derecho’ de Hegel”, cit., pág. 82

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Cf. ILTING, Karl-Heinz, “La estructura de la ‘Filosofía del Derecho’ de Hegel”, cit., pág. 83

²³² Este es el punto controvertido al que hacía referencia. Un texto de Berlin servirá para intentar explicarlo. Según el historiador de las ideas es difícil que Hegel haya alentado, ni mucho menos previsto, la proliferación del orgullo nacional. Ahora bien, también es cierto que deslizó algunas tesis

Con todo, no debe perderse de vista que ese «retorno a la comunidad» preconizado en la actualidad se plantea desde distintos presupuestos y con mayor o menor énfasis. Se entiende entonces que el desafío planteado depende en gran parte de si se rechaza frontalmente o no el programa de la ilustración. Esto puede apreciarse en las actitudes en parte opuestas de dos autores identificados con el comunitarismo como A. MacIntyre y Ch. Taylor. Como ha señalado Thiebaut²³³, el primero es un autor claramente anti-ilustrado. Pinta un relato catastrófico del panorama de la filosofía moral²³⁴. Denuncia lo que a su juicio no es sino el fracaso del programa ilustrado y propone un retorno a tesis aristotélico-tomistas (de ahí que su vindicación de la tradición se ha llamado «orgánica»²³⁵). El segundo, en cambio, busca «mostrar

que podrían interpretarse en este sentido. Cito en extenso: “con su insistencia en las naciones ‘históricas’ como opuestas a las ‘anti-históricas’, como portadoras del *Geist* cósmico siempre empujando hacia delante, quizás halagase el amor propio de la Europa occidental y nórdica o alimentase las ambiciones de los que perseguían el poder y la unidad alemana y nórdica. *Pero se oponía con no menos violencia que Metternich al nacionalismo desbocado, violento, emotivo* de los estudiantes francófilos y antisemitas, con su patrotería y sus quemaduras de libros, que le parecían excesos bárbaros, como le parecieron a Goethe, que prohibió a su hijo luchar contra los franceses.” Y lo que es más importante: “remontar hasta los escritos de Hegel el fiero nacionalismo de escritores alemanes posteriores que procedían de ellos es injusto, sin duda”. (Cf. BERLIN, Isaiah, “La rama doblada: Sobre el origen del nacionalismo”, aquí pág. 231.) Ya se sabe, por lo demás, que Berlin aconseja volver la mirada como padre del nacionalismo cultural y de conceptos claves del mismo, tales *Volksgeist* y *Nationalgeist*, es sobre Johann B. Herder. Como explica I. Berlin en otro escrito, este autor consideraba que para entender las acciones de “debemos entender la estructura orgánica de la sociedad ya que sólo en virtud de ellas pueden ser entendidas las mentes, las actividades y los hábitos de sus miembros”. (p. 152) Abogó apasionadamente por la preservación de las culturas primitivas, de su arte, moralidad, costumbre, religión, vida nacional porque todas ellas son expresión del espíritu humano y son creadas por sociedades enteras que viven una vida comunal integrada. La pertenencia a una comunidad dada es una necesidad humana. Véase: Berlin, Isaiah, “La contra-Ilustración”, trad. de F. González Aramburu, *El estudio adecuado de la humanidad*, México, FCE, pp. 141-168.; En sentido crítico, por ejemplo, tenemos pensadores como el mismo J. Rawls, “Hegel trastoca la idea de libertad planteada por Kant. Para él, la libertad sólo puede actualizarse en un marco social adecuado. Únicamente dentro de un mundo que garantice mediante la estructura de sus instituciones nuestra libertad, podemos llevar una vida que sea plenamente racional y buena”. Véase: RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 345 y ss; o el mismo K. Popper, para quien junto a Platón y Marx, Hegel es uno de los autores contrarios a la *sociedad abierta*. Véase: POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 244 y ss.

²³³ Cf. THIEBAUT, Carlos, *Los límites de la comunidad.*, aquí pág. 45. Se pronuncia en sentido similar en su trabajo: *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 79 y 80.

²³⁴ Valen de ejemplo sus páginas iniciales de uno de sus libros más famosos. Cf. MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue*, Notre Dame, Notre Dame University Press, 1981 [trad. cast. de A. Valcárcel, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 6ª. Reimp. 2009, pp. 1 y ss.]

²³⁵ Este tipo de comunitarismo *la tradición reivindicada y proclamada como éticamente superior actúa doblemente como instrumento crítico normativo, primero, respecto de la tradición particular de cada comunidad concreta –p.ej. “tradición político liberal”– y, segundo, respecto de la conducta individual desviada de los parámetros tradicionales. En el caso del comunitarismo estructural, como el de Taylor, la tradición actuará crítica-normativamente sólo en un sentido: en el de los partícipes en una sola y en esa concreta tradición. Este tipo de comunitarismo estima legítimas todas aquellas tradiciones que*

que los valores sustantivos de las éticas deontológicas (como la noción ética de dignidad, de autonomía, de individualismo, etc.) se configuran también como parte irrenunciable de nuestra propia identidad aunque lo hagan no sin inducir muchos de los conflictos en los que se teje nuestra estofa moral post-ilustrada»²³⁶. De tal forma que bien puede decirse que Taylor no confronta todo el proyecto de la ilustración negándose «a adoptar una posición frontalmente crítica frente a las éticas de la modernidad y a su patrimonio moral (tales como las ideas de dignidad, de igualdad o de respeto) y querrá considerar que también esas aportaciones forman parte irrenunciable de nosotros mismos»²³⁷.

Llegamos al tercer punto que me interesa destacar. Frente a la política de neutralidad estatal del liberalismo, los autores comunitaristas defienden una «articulación política del bien común»²³⁸. De acuerdo con ésta, y dada la «atomización» de los individuos en la sociedad liberal, esa vuelta a la comunidad debe servir como «medio de integración primario» en las actuales sociedades complejas. En efecto, uno de los déficits de las democracias liberales radica en la dificultad que imponen para articular cualquier tipo de cohesión social, careciendo de algún proyecto común y compartido. Es por ello que frente a las formas típicas de integración propuestas por el Derecho y la moralidad de la sociedad liberal, se plantea una vuelta a la eticidad tal y como la entendía Hegel, una vuelta a los valores sustantivos de la comunidad. W. Kymlicka, a este propósito, señala que el Estado comunitarista está basado en una noción de bien común que se articula en torno a los valores comunitarios. Frente al Estado liberal, aquél tipo de Estado no sólo *puede* sino que *debe alentar* a las personas para que adopten concepciones de lo bueno que se adecúen a la forma de vida de la comunidad, y al mismo tiempo desalentar las que entren en conflicto con aquellas²³⁹.

Esto nos va a remitir a otro punto de la crítica y que no es otro sino la cuestión de si es legítima la imposición coactiva de los valores comunitarios por medio del Derecho. Dada la importancia que otorgan a la identidad, los comunitaristas parecen

logren verdadera implantación cultural. Véase más ampliamente el estudio de: SUÁREZ LLANOS, M^a. Leonor, *La teoría comunitarista y la filosofía política*, cit., aquí pág. 30

²³⁶ Cf. *Los límites de la comunidad.*, aquí pág. 29

²³⁷ Cf. *Los límites de la comunidad.*, aquí pág. 68

²³⁸ Véase: SANDEL, Michael, "Morality and the Liberal Ideal", *The New Republic*, 1984, pp. 15-17.

²³⁹ Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea*, cit., aquí pag. 228. (cursivas mías)

dar por buena la perspectiva del «*moralismo legal*» ya aludida²⁴⁰. En este sentido, por ejemplo, M. Sandel ha defendido que en democracia las mayorías políticas tienen «el derecho de encarnar en el Derecho sus convicciones morales»²⁴¹. Tal forma de argumentar recuerda a la de Patrick Devlin para quien la sociedad, como señalamos, se constituye fundamentalmente sobre la base de ideas o patrones morales sobre la forma en que deben comportarse sus miembros. Sus lazos comunes e invisibles (v. gr. tradiciones, valores, costumbres, que son lo que constituyen nuestra identidad), deben protegerse porque son indispensables para su buen funcionamiento. Aún más: existiría un interés compartido de que tales lazos comunes se «conserven» o no se «desintegren»²⁴² por lo que el Derecho debe proteger a «la sociedad como un todo» y no sólo a cada individuo considerado aisladamente. En definitiva, y para decirlo brevemente, el comunitarismo parece dar por buena la idea de que la sociedad tiene «derecho» de proteger a través de las leyes todo aquello que amenace su moral compartida.

Por último, me gustaría referirme a otro aspecto que ha sido destacado. Me refiero a la recuperación de la ética de las virtudes²⁴³. Tal recuperación tiene una impronta netamente aristotélica²⁴⁴. Desde la órbita de las críticas comunitaristas al

²⁴⁰ Como se recordará, el moralismo legal es la posición que sostiene que las normas jurídicas deben incorporar las pautas de la moral positiva, esto es, la creencias morales de la mayoría social. La opinión moral de la mayoría debe ser reforzada jurídicamente, de modo que sus contenidos pueden ser protegidos mediante la imposición coactiva. Véase: DE PÁRAMO, Juan Ramón, “El moralismo legal contraataca”, cit., aquí pág. 572.

²⁴¹ SANDEL, Michael, “Morality and the Liberal Ideal”, cit.

²⁴² Dice Devlin: “Volviendo a la afirmación de que la sociedad implica una comunidad de ideas, la misma no puede existir si no hay un cierto consenso en torno a las ideas políticas, morales y éticas. Cada uno de nosotros tiene ciertas ideas acerca del bien y del mal. Estas ideas no pueden mantenerse al margen de la sociedad en la que vivimos. Los hombres y mujeres que intenten crear una sociedad en la cual no exista un acuerdo base acerca de lo que es bueno y lo que es malo, fracasarán. Si habiendo creado la sociedad sobre la base de un acuerdo común, éste desaparece, la sociedad se desintegrará”. DEVLIN, Patrick, *La imposición de la moral*, cit., aquí pág.

²⁴³ Sobre este punto en particular, en España ha insistido con ahínco V. Camps. Así podemos leer en la introducción de virtudes públicas, todo un manifiesto de intenciones. “Si escojo volver a hablar de ‘virtudes’ es porque creo que la moral es fundamentalmente lo que pensó Aristóteles: una especie de segunda naturaleza, una serie de cualidades, que conforman una peculiar manera de ser y de convivir con los demás. Etimológicamente, la virtud –o la areté– es aquello que una cosa debe tener para funcionar bien y para cumplir satisfactoriamente el fin al que está destinada. CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Colección Austral, 2ª ed., 1993, pág. 17.

²⁴⁴ THIEBAUT, Carlos, “Neo-aristotelismos contemporáneos”, cit., aquí pág. 48. Según el profesor a la Carlos III de Madrid: “se vincula a la reivindicación de una idea sustantiva de bien como objetivo de la ética –que debe responder a la pregunta de qué modo de vida es deseable–, la de una comunidad moral que define el mejor lugar de lo ético, y la de un juicio-valoración moral que se realiza de forma contextual y específica”.

proyecto liberal se hace énfasis a menudo en su falta de contenidos éticos, en gran medida alentados por la estricta primacía que en algunos liberales tiene el mercado o por su temor a cualquier tipo de control democrático. El meta-valor del discurso liberal, se ha dicho, es la libertad negativa. La que promete como único norte, según ellos, ‘enriquecerse’ o ‘consumir’²⁴⁵. Este sería uno de los grandes males de nuestro tiempo: abandonar la empresa misma de cultivar las disposiciones morales que serían irrenunciables para el correcto funcionamiento social²⁴⁶. Una sociedad que busca tomar las riendas de su destino colectivo (alejarse del espectáculo mediático, del consumismo; o frente a la crisis de legitimidad del sistema de representación política), señalan los críticos del proyecto ilustrado, *deberá indefectiblemente* crear el medio adecuado para el florecimiento de otra forma de articulación social²⁴⁷. En otras palabras: debe abandonar la neutralidad estatal en pos de otras concepciones de la ciudadanía, en la búsqueda de la igualdad y en donde, fundamentalmente, la democracia –o mejor dicho, otra concepción de la democracia– juegue un papel relevante. Pero ¿hasta qué punto?

²⁴⁵ Véase: CAMPS, Victoria, *El malestar de la vida pública*, Barcelona, Grijalbo, 1996, pp. 17 y ss.

²⁴⁶ Esto es lo que se ha denominado en los planteamientos comunitaristas la vertiente normativa de la comunidad. Nuevamente se escapan de una visión meramente racionalista de los individuos y sus relaciones. Se trataría de los “códigos rojos” que se ejemplifican, a menudo, con el trabajo de R. Bellah. En su *Habits of Heart* (Bellah, Robert, *et. al.*, Berkeley, University of California Press, 1985) este autor –como explica Cortina–, admirador de Tocqueville, “pretende describir las costumbres del pueblo norteamericano, con el fin de valorar si esas sociedades democráticas son capaces de mantener instituciones políticas libres o si, por el contrario, están llamadas a caer en alguna especie de despotismo. A su juicio, aunque las circunstancias físicas de los Estados Unidos han contribuido al mantenimiento de la república democrática, las leyes han ayudado a mantenerla más que estas circunstancias, y las *costumbres* aún más que las leyes. De las costumbres más habla en términos pocos precisos refiriéndose a ellas como hábitos del corazón, como la suma de disposiciones morales e intelectuales de los hombres en una *sociedad*, incluyendo la *conciencia*, la *cultura* y las *prácticas diarias*”. La idea básica es que el cultivo de tales disposiciones es necesaria si queremos mantener sociedades con instituciones políticas libres Véase: CORTINA, Adela, *Hasta un pueblo de demonios*, cit., aquí pág. 35-6.

²⁴⁷ Ello es así incluso para la idea misma de Estado de Derecho moderno, de la que tanto nos ‘ufanamos’. Como explica nuevamente en tono crítico A. Cortina: “para que exista un auténtico Estado de Derecho es imprescindible contar con la convicción generalizada de que unos son los móviles que justifican las actuaciones en la vida familiar o amistad, otros, los que legitiman el recurso a las leyes. Las leyes –se dice– deben servir a todos y cada uno de los ciudadanos de forma imparcial. Pero no puede asumir tal apoteogma un pueblo en el que cada persona está convencida de que promocionar a la familia y amigos, satisfacer el propio ego y asegurarse el poder social son los únicos motivos por los que debe actuar en la vida pública, sea en la política, en la economía, en el hospital, en la universidad o en la empresa”. “El interés común, por lo que las leyes supuestamente existen, desaparece como por ensalmo y se sustituye por el propio interés, fortalecido por el de familiares y amigos que navegan en el mismo barco” Cf. CORTINA, Adela, *Hasta un pueblo de demonios*. cit., aquí pp. 45-6.

2.2 LIBERTAD «DE LOS ANTIGUOS» Y LIBERTAD «DE LOS MODERNOS»

No pasa desapercibida la cercanía de las tesis comunitaristas con lo que en filosofía política se conoce como «libertad de los antiguos», «autonomía pública» o «libertad positiva». Su nostalgia y admiración por la vida en comunidad, propia de las antiguas polis o de las repúblicas romanas, puede verse como un llamado a recuperar la gloria perdida²⁴⁸; incluso, con cierto aire de paradoja, como un *programa de futuro que mira al pasado*. Por ello, merece la pena detenerse un momento en la caracterización que de cómo se concebía la libertad en aquél mundo clásico, el de las ciudades-Estado o de las antiguas repúblicas, con sus fuertes mecanismos de integración del individuo a la comunidad, donde se ejercitaba la democracia de forma directa y se sometía al individuo a los designios de la polis, de su ciudad. De la misma forma, conviene analizar con un poco más de detenimiento las desviaciones de la llamada libertad positiva en la presentación que ha hecho I. Berlin. Sobre todo, porque el comunitarismo ofrece no pocos argumentos para una deriva excluyente e intolerante de los nacionalismos²⁴⁹. De esta forma, a la vez que analizamos sus implicaciones e inconvenientes, me parece que despejamos un poco más el camino para abordar las propuestas republicanas actuales.

En *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, la celeberrima conferencia dictada en el Ateneo de París en 1819, B. Constant distinguió dos sentidos que a la idea de libertad se daba en el mundo antiguo y el moderno. La

²⁴⁸ La traducción castellana de *After virtue* (“Tras la virtud”) de A. MacIntyre integra o da juego, felizmente, a ambos sentidos: bien como lo que siguió una vez abandonado aquél mundo, es decir, previo a la modernidad –al liberalismo–; bien como un programa, un horizonte digno de perseguirse y plenamente significativo en la actualidad.

²⁴⁹ Según F. Laporta, en efecto, el comunitarismo es un tipo de teoría moral que le suministra al nacionalismo argumentos en los que puede basarse tales como la idea de comunidad preexistente superior a la de sus componentes individuales o al sostener que las pautas de conducta social y política tienen una mejor justificación local, interna a la cultura. Por ello, el profesor de la Autónoma no duda en señalar que el comunitarismo ofrece una plataforma teórica para apoyar la distinción entre “nosotros” y “ellos”. Alienta un tipo de cohesión moral de carácter sentimental sobre el que busca edificar la comunidad, es similar al tipo de cohesión que trata de inducir el nacionalismo entre los ciudadanos. Por todo ello concluye: “comunitarismo y nacionalismo tienen un claro parecido de familia. Y en la medida en que el nacionalismo puede ser comprendido y justificado como algo que deriva de la lógica interna de una filosofía moral de tipo comunitarista, entonces algunos evidentes corolarios del nacionalismo y algunas de las experiencias históricas que ha desencadenado podrían ser objeto de esa comprensión y de esa justificación. Los comunitaristas nos tienen todavía que decir si, como parece, esto es así”. (Cf. LAPORTA, Francisco, “Comunitarismo y nacionalismo”, *Doxa*, núm. 15-16, 1995, pp. 53-68, esp. pp. 66-68.)

libertad de los modernos –señaló– depende del disfrute apacible de la vida privada no fue conocida o no en un grado si quiera comparable con el que las sociedades modernas la identifican²⁵⁰. Esto es, la libertad entendida:

«como el derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o de varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad, y abusar incluso de ella; a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas, sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea simplemente para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus caprichos. Es, en fin, el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de peticiones, de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración»²⁵¹.

Los antiguos, en cambio, no identificaban la libertad en términos de derechos individuales. Esta es la diferencia básica: mientras que el objetivo de los modernos «es la seguridad en los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones y esos disfrutes»²⁵²; los antiguos la identificaban con la capacidad de participar en el gobierno de la propia ciudad. «Su objetivo era el reparto del poder social entre todos los conciudadanos de una misma patria; a eso era a lo que llamaban

²⁵⁰ Como señala I. Berlin, saber en qué fecha y en qué circunstancia se hizo explícita por primera vez en Occidente la idea de libertad individual “es un problema interesante, pero quizá sin importancia”. Sin embargo, señala que él mismo no ha encontrado alguna formulación clara de la misma. Ello, a pesar de las observaciones de sus críticos de que distintos autores contemporáneos, por el contrario, sí lo han sostenido. Tampoco le parece concluyente la remisión a Atenas, reconocida como la más libre entre de las polis de la antigüedad. Véase: BERLIN, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford, OUP, 1969, [hay trad. cast. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1ª ed., Ensayo, 1998, por donde se cita, aquí pág. 47.]

²⁵¹ CONSTANT, Benjamin, “De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes” (1819) [hay trad. cast. de M. L. Sánchez Mejía, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Escritos políticos*, Madrid, CEC, 1989, pp. 257-285, por donde se cita.] 257-285, aquí pág. 268.

²⁵² “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., aquí pág. 269

libertad»²⁵³. Ahí, las leyes lo abarcaban todo. No había ámbitos libres de influencia, no había ámbitos de inmunidad. Todo era objeto de auscultación, revisión o supervisión pública. El hombre no era libre, ni podía reclamar liberarse de esa supervisión²⁵⁴. Estaba sometido al cuerpo social. Así, al tener la sociedad una jurisdicción ilimitada sobre sus miembros, tal y como señaló Constant, los individuos no tenían reconocido derecho alguno; «no eran, por así decir, más que máquinas, cuyos resortes y engranajes regulaba y dirigía la ley. El mismo tipo de sujeción caracterizó los siglos de apogeo de la república romana; el individuo estaba como diluido en la nación, el ciudadano en la ciudad»²⁵⁵.

El destino del ciudadano de las antiguas polis griegas está indisolublemente ligado a ellas: el ciudadano era libre en tanto vivía en una ciudad libre. Para ello, para mantener la libertad de su unidad política, las antiguas polis se caracterizaban por su marcado carácter belicista. El método tanto para preservar la libertad así como para procurar mayor prosperidad a dichas comunidades era la guerra. Esta era, de hecho, su ocupación cotidiana u ordinaria. Como señala B. Constant los Estados libres de la antigüedad veían en la guerra el medio para preservar su libertad contra posibles agresores, a la vez, que contribuía a la riqueza pública por medio de la obtención de esclavos, tributos y reparto de tierras²⁵⁶. Dada esta forma de ser y de proceder, no sorprende que la mayoría de los Estados antiguos poseyeran esclavos: «las profesiones manuales y, en algunos Estados, incluso las profesiones industriales, se confiaban a manos cargadas de cadenas»²⁵⁷. Todo sacrificio individual, incluso de la vida propia, en nombre de virtud, de la libertad de la comunidad era infinitamente menor que contribuir a la grandeza de la polis.

Ello explica también por qué el procurarse una participación activa en el cuerpo colectivo tenía un significado identitario profundo y no pocos beneficios. Beneficios que, dicho sea de paso, no estaban en el ámbito de la esfera privada sino fuera de ella. Nuevamente en palabras de Constant:

²⁵³ *Íbidem*.

²⁵⁴ Cf. BERLIN, Isaiah, “Liberty”, en: Honderich, Ted, (ed.), *The Oxford Guide to Philosophy*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2nd edition, 2005, pág. 517

²⁵⁵ “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., aquí pág. 262

²⁵⁶ “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., aquí pág. 264.

²⁵⁷ “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., aquí pág. 262

«como ciudadano decidía la paz y la guerra; como privado se veía limitado observado, reprimido en todos sus movimientos; como parte del cuerpo colectivo, interrogaba, destituía, condenaba, despojaba, desterraba, sentenciaba a muerte a sus magistrados o superiores; como obediente al cuerpo colectivo, podía a su vez verse privado de su posición, despojado de sus dignidades, proscrito, muerto, por la voluntad discrecional del conjunto del que formaba parte»²⁵⁸.

Además, dadas las dimensiones relativamente pequeñas de las polis, la influencia de sus pobladores, en tanto ciudadanos libres, en su gobierno, sí podía percibirse como algo patente. Es decir:

«la parte que cada cual tenía en la soberanía nacional, no era, como en nuestros días, un supuesto abstracto. La voluntad de cada uno tenía una influencia real; el ejercicio de esta voluntad era un placer vivo y repetido. Por lo tanto, los antiguos estaban dispuestos a hacer muchos sacrificios para conservar sus derechos políticos y su participación en la administración del Estado. Cada cual, sintiéndose orgulloso del valor de su sufragio, encontraba sobrada compensación en la conciencia de su importancia personal»²⁵⁹.

El atractivo del ideal de libertad de los antiguos –en tanto modelo fuerte de integración comunitaria, de participación política, de virtud cívica–, fue tomado, a menudo, como referencia para criticar la época que le ha tocado vivir²⁶⁰. Esta es una forma típica de crítica contra la sociedad contemporánea y sus valores. Es cierto: «no se pueden leer las hermosas páginas de la Antigüedad, no se pueden describir las acciones de los grandes hombres, sin experimentar una emoción muy particular que no despierta nada de lo que es moderno»²⁶¹. Cuando por doquier se habla de un

²⁵⁸ “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., aquí pág. 261

²⁵⁹ “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., aquí pág. 268

²⁶⁰ Cfr. CONSTANT, Benjamin, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, (1815), [hay trad. cast. de M. L. Sánchez Mejía, “Principios de Política”, *Escritos políticos*, cit., aquí pág. 10]

²⁶¹ En palabras de Constant: “Es difícil dejar de añorar aquellos tiempos en que las facultades del hombre se desarrollan en una dirección trazada de antemano, pero de amplio curso, fortalecidas por sus propias fuerzas con un vivo sentimiento de energía y dignidad. Cf. “Principios de Política”, cit., aquí pág. 11.

pasado glorioso, donde pueblos enteros gozaban de una vida pública más virtuosa, menos escindida, con una organización social y política vigorosa, como el de las antiguas polis o la república romana, resulta relativamente sencillo despertar un sentimiento de añoranza. Tampoco es difícil que esa añoranza pueda convertirse en el deseo de intentar recuperar ese pasado olvidado²⁶². Una pérdida que se lamenta mucho más si se vive «bajo gobiernos abusivos que, sin ser fuertes, eran vejatorios, absurdos en sus principios, miserables en su acción, gobiernos que tenían como resorte la arbitrariedad, como fin a la reducción de la especie humana, y que ciertas personas se atreven a ponderar todavía hoy, como si pudiéramos olvidar alguna vez que fuimos testigos y víctimas de su obstinación, de su impotencia y de su caída»²⁶³.

Ahora bien, esta idea de libertad de los antiguos tiene también un lado oscuro. Constant denunció sobre todo los peligros que la idea misma de soberanía popular, en tanto poder ilimitado, entrañaba. Cuando un poder de tales características se promueve: «se crea y se introduce caprichosamente en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande en sí mismo, y eso es malo, independientemente de quién lo posea. Confíese a uno solo, a varios, a muchos y seguirá siendo un mal»²⁶⁴. I. Berlin, en su no menos famoso, *Dos conceptos de libertad* señaló que la conexión que media entre la idea de democracia (vinculada a esa noción de libertad de los antiguos y de auto-realización personal) con la idea de la libertad individual (vinculada a la libertad como no interferencia) es más débil de lo que suele pensarse. En sus palabras: «la conexión que hay entre la democracia y la libertad individual es mucho más débil que lo que les parece a muchos defensores de ambas. El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada

²⁶² Esta es una forma típica de crítica contra la sociedad contemporánea y sus valores: es decir, la que, como señala nítidamente Berlin, adopta la forma de “anhelo nostálgico de épocas anteriores, en la que los hombres eran virtuoso o felices o libres, o sueños de una edad de oro en el futuro, o de una instauración de la sencillez la espontaneidad, la humanidad natural, la economía rural autosuficiente, en el que el hombre, sin depender ya de los caprichos de otros, puede recuperar la salud moral y física”. Véase: Berlin, Isaiah, *La rama doblada: Sobre el origen del nacionalismo*, cit., aquí pág. 241

²⁶³ CONSTANT, Benjamin, “Principios de Política”, cit., aquí pág. 10.

²⁶⁴ CONSTANT, Benjamin, “Principios de Política”, cit., aquí pág. 9. La referencia obvia es aquí a Rousseau. En otra parte, escribe: “Quizá algún día el género humano analice el sistema del más ilustre de estos filósofos, Jean Jacques Rousseau, y muestre que al trasladar a la época moderna una extensión del poder social, de la soberanía colectiva, que pertenecía a otros siglos, este genio sublime a quien animaba el más puro amor a la libertad, ha proporcionado sin embargo funestos pretextos a más de una clase de tiranía.” Cfr. CONSTANT, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., aquí pág. 268

mi vida, puede ser tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y, quizá, históricamente, más antiguo. Pero no es el deseo de la misma cosa»²⁶⁵. En realidad, más que una ruptura con la participación entendida como tal, Berlin advierte sobre sus consecuencias. La libertad, entendida como no-interferencia se pone en peligro desde que el poder adquiere formas ilimitadas –y entre esas formas ilimitadas, podría estar el poder de la mayoría²⁶⁶–.

Aquí debe entenderse bien de dónde deriva el recelo que los liberales tienen con la idea de libertad positiva, esto es, entendida como autorrealización. Por liberales, claro está, se entiende aquellos que, como Berlin, defienden la primacía del individuo sobre cualquier otra valoración que lo inserte en realidades orgánicas, históricas o colectivas. Y lo que no sin poco aire de paradoja denuncia este autor, es que en gran parte del pensamiento liberal de la modernidad, al fundarse en una metafísica racionalista: «lleva en sí el germen de la negación de la autonomía individual que proclama [...]. Conforme a ella, hay un orden prefijado del mundo y de las cosas que antecede a cualquier ejercicio de la voluntad humana, de modo que la libertad del hombre no puede ser libertad de elegir cualquier cosa»²⁶⁷. La idea de libertad positiva puede devenir, pues, en una idea romántica de libertad: abre la posibilidad de reconocer que es plausible, y a veces justificable, «coaccionar a los hombres en nombre de algún fin que ellos mismos perseguirían, si fueran más cultos, pero que no persiguen porque son ciegos, ignorantes o están corrompidos»²⁶⁸. La noción de libertad positiva queda inficionada desde el momento en que puede conducirnos a resultados contrarios a la idea de libertad negativa como no

²⁶⁵ BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad” cit., pp. 230-231

²⁶⁶ Cfr. BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, cit., pág. 270

²⁶⁷ Sobre estos extremos véase el exhaustivo trabajo de: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El liberalismo de Isaiah Berlin: la libertad, sus formas y sus límites”, *Derechos y libertades*, núm. 14, 2006, pp. 42-88.

²⁶⁸ Ídem. pág. 233. En esta parte de Dos conceptos de libertad puede verse reflejada la gran preocupación durante la llamada Guerra Fría: el ‘colectivismo’ como forma de organización que acompañó a gran parte de los regímenes totalitarios del siglo pasado. De hecho, no era infrecuentes las advertencias sobre los peligros que conlleva la planificación, la intervención y el estatalismo; pero sobre todo, el ‘abandono de las ideas’ y sus nefastas consecuencias. En sentido similar, para F. Hayek (*Camino de servidumbre*, cit., pág. 40.) el rápido abandono de las ideas ‘características de la civilización occidental tal y como se ha desarrollado a partir de sus fundamentos establecidos por el Cristianismo y por Grecia y Roma. No sólo el liberalismo de los siglos XIX y XVIII, sino el fundamental individualismo’ implicaban un grave peligro. En el análisis de ambos autores se hace patente la impronta e influencia de aquél momento histórico.

intervención, a resultados antiliberales. Esto es lo que sintéticamente sostiene el argumento²⁶⁹.

¿Qué podemos concluir de este breve repaso? Pues bien, para mí es patente que cualquier ideología constitucionalista que se pretenda incardinar en el mundo moderno no puede, ni debe, llegar hasta tales extremos. Y aquí es donde puede aparecer o entrar en juego la noción republicana de libertad. Dicha noción, tal y como veremos enseguida, incide en algunos de los inconvenientes a menudo ligados a la tradición liberal, que se centra en la noción de no-interferencia o de libertad-negativa. Pretende en cierta medida, un arreglo entre esta última y la noción positiva de libertad. Es decir, es, en cierta medida, una especie de híbrido: busca, por una parte, no caer presa de los esquemas de integración comunitaria de los autores de la identidad; a la vez que se pretende preservar la autonomía individual. Autonomía que va a ser preservada pero que no desdeña o hace un sitio más generoso a la idea de libertad positiva. Conviene, pues, avanzar un poco más.

2.3 REPUBLICANISMO(S)

De entrada, considero oportunas algunas precisiones. En primer lugar, debe decirse que el nuevo impulso dado al republicanismo en tanto ideología política tuvo su origen en el ámbito historiográfico. Concretamente, para cuestionar que la Revolución de Estados Unidos de América haya sido la obra más acabada de la tradición liberal²⁷⁰.

²⁶⁹ Con todo, es difícil encuadrar a Berlin como defensor de un punto de vista típicamente neo-liberal. Sus *Dos conceptos de libertad*, como se ha dicho hasta la saciedad, buscan destacar que los sentidos centrales de la palabra, aunque relacionados, eran distintos. Nada más. Y sin embargo reconoce que aunque la libertad se ha interpretado muchas veces como *laissez faire* económico; para él, esta forma de entenderla, no sería sino *otra* perversión. En sus palabras: “La libertad humana puede interpretarse como *laissez faire* económico, y así, en nombre de la libertad, los propietarios están autorizados a destruir la vida de los niños en las minas, o los patrones de las fábricas a quebrar la salud y el carácter de los trabajadores de la industria. Pero, en mi opinión, eso es una perversión, y no es lo que el concepto significa básicamente para los seres humanos. Se ha dicho, igualmente, que es una ridiculez informar a un pobre de que es perfectamente libre de ocupar una habitación en un hotel caro, porque podría no poder pagarlo. Pero esto, también, es una confusión. De hecho, aquí, es completamente libre de alquilar la habitación pero carece de los medios para utilizar su libertad. Carece de medios, quizás, porque un sistema económico hecho por los hombres le ha impedido ganar más de lo que gana –pero esto es privación para ganar dinero no libertad de alquilar una habitación”. Véase: BERLIN, Isaiah, “Mi camino intelectual” cit., aquí pp. 43-44.

²⁷⁰ En los orígenes del *revival* republicano hay una disputa historiográfica por determinar la influencia de qué otras fuentes, más allá del paradigma ‘lockeano’, pudieron inspirar la Revolución Americana (Véase: Rodgers, Daniel T., “Republicanism: the Career of a Concept”, *The Journal of American*

En segundo lugar, al igual que la locución liberalismo, es muy complicado predicar alguna homogeneidad su contrapartida republicana. No hay, en efecto, un núcleo común bien delimitado de valores defendidos por sus valedores. Mientras unos enfatizan una concepción de libertad, otros se centran en las virtudes cívicas o en la ciudadanía activa como su rasgo característico. Otros fundamentan su apuesta en la idea de comunidad y de bien público; por fin, otros hacen una fuerte defensa de la democracia deliberativa²⁷¹. A muy grandes rasgos, aquí tendré presente la distinción trazada entre el republicanismo clásico y el neo-republicanismo. Salvo alguna referencia puntual, el primero no será objeto de este trabajo²⁷². Me ocupo del republicanismo contemporáneo o «neo-republicanismo» y, de modo más específico, de la idea de libertad como no-dominación arbitraria.

En tercer lugar, considero importante que tengamos presente algunas de las objeciones a las que suele enfrentarse más a menudo el republicanismo. Parece que la más importante es aquella que insiste en la dificultad de sostener en orígenes tan remotos o dispares (Grecia, Roma, o las repúblicas renacentistas italianas) alguna teoría respetuosa de la libertad individual²⁷³. El problema –tal y como vimos en el epígrafe anterior– es que cierto republicanismo, sobre todo el clásico, presenta rasgos oligárquicos o asamblearios que complican la labor de compaginarlo con una defensa

History, vol. 79, 1992, pp. 11-38, aquí pág. 13). Bernard Bailyn, por ejemplo, ha destacado (*The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, enlarged ed., 1992 esp. págs. 23 y 259) que en el periodo revolucionario también pueden encontrarse referencias a autores clásicos y a sus obras -v. gr. Aristóteles, Cicerón, Polibio, entre otros-. Asimismo, señala que en ocasiones se comparaba aquel pasado «virtuoso, frugal, patriótico y lleno de amor a la justicia» con el «vanal, cínico y opresivo» presente. También Gordon S. Wood (*The Creation of the American Republic*, Chapel Hill, 1969) fue de los primeros que polemizó a este respecto.

²⁷¹ Véase: BESSON, Samantha y MARTÍ, José Luis, “Law and Republicanism: Mapping the Issues” en: *Id.*, (eds). *Legal Republicanism*, Oxford, OUP, 2009, pp. 3-36, aquí pág. 8-9

²⁷² Véanse: RUÍZ RUÍZ, Ramón, *La tradición republicana. Renacimiento y ocaso del republicanismo clásico*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Dykinson, 2006; MAYNOR, Jonh W., *Republicanism in the Modern World*, Cambridge, Polity Press, 2003. La expresión ‘neo-republicanismo’ la tomo de: RIVERO, Ángel “Republicanismo y neo-republicanismo” *Isegoria*, núm. 33, 2005, pp. 5-17.

²⁷³ Para un análisis crítico del republicanismo, véase: VILLAVARDE RICO, María J. *La ilusión republicana. Ideales y mitos*, Madrid, Tecnos, 2008, especialmente pp. 377-386. Algunos argumentos a favor en: BARRANCO AVILÉS, Ma. C., “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”, *Derechos y libertades*, núm. 9, 2000, pp. 65-92; y Peña, Javier, “La consistencia del republicanismo”, *Claves de Razón Práctica*, no. 187, 2008, pp. 34-41. La insistencia de trasladar al renacimiento el discurso republicano se debe, entre otros, a J. G. A. Pocock (*El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, (1978) trad. M. Vázquez y E. García, Tecnos, Madrid, 2002).

de los derechos individuales²⁷⁴. Además, en caso de superarse esta cuestión, surge el problema de si es posible diferenciar su propuesta y en qué medida de la liberal. Y esto si ya es muy complicado, porque muestra en alguna medida cierta artificialidad de las pretendidas distinciones. Hay sitio para distintos tipos de republicanismo. Habrá algunos más liberales en la medida en que se centren en su defensa de una concepción republicana de libertad; otros, estarán en una línea más aristotélica, de defensa de la virtud cívica o de auto-realización del individuo en la participación política; otros en la defensa de la comunidad; o incluso del socialismo al hacer énfasis en la defensa de la igualdad valor político central.

Si tenemos esto presente es posible apreciar en su justa medida algunas de las posibilidades que ofrece el republicanismo. Me parece que todo lo anterior, queda bien sintentizado cuando C. Sunstein insiste en que la tarea de los autores que se adhieran a esta filosofía política no debería consistir únicamente en hurgar en la historia para rescatar características de un pasado lejano, por más atractivas que parezcan. Para él, efectivamente, muchos aspectos del pensamiento republicano tradicional no son dignos de elogio sino claramente perniciosos: en algunos casos, implicaban la exclusión de minorías de la deliberación sobre el bien común –v. gr. los no-propietarios, esclavos, mujeres–; en otros, tenían un fuerte componente militarista. Asimismo, estima que la subordinación de los intereses privados al bien público puede devenir en misticismo o en tiranía²⁷⁵. No obstante, considera que «la creencia típicamente republicana en la democracia deliberativa continúa ejerciendo su influencia en la doctrina jurídica, así como en visiones contemporáneas del proceso político»²⁷⁶.

Este es uno de los rasgos que nos pueden ayudar a entender en qué consiste el proyecto republicano. En efecto, el punto a resaltar es cómo el republicanismo sigue teniendo influencia tanto para la doctrina jurídica; pero sobre todo para las visiones contemporáneas del proceso político en la medida que busca reivindicar aquello que

²⁷⁴ Para el caso de los derechos fundamentales, esta labor se dificulta si tenemos en cuenta que tal idea no se asentó propiamente sino hasta que el ‘individualismo’ entró en escena. Véanse: PECES-BARBA, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales” cit.; COSTA, Prieto, “Derechos”, en: Fioravanti, Maurizio (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2004, pp. 45-64.

²⁷⁵ Cfr. Sunstein, Cass R., “Más allá del resurgimiento republicano”, en: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, cit., pp. 137-190, aquí pp. 137.

²⁷⁶ Sunstein, Cass R., “Más allá del resurgimiento republicano”, cit., aquí pág. 138.

no había sido defendido –o, mejor, que había sido relegado– por el liberalismo. Como sintetiza magníficamente D. Rodgers, reivindica:

«el compromiso con una vida cívica activa (frente a la obsesión liberal con las inmunidades y derechos); el compromiso explícito con valores y con la justicia deliberativa (en contraposición a la neutralidad procedimental del liberalismo); la defensa de los fines públicos y comunes (frente a la incapacidad del liberalismo de imaginar la política como algo más que el pluralismo de intereses de grupos)»²⁷⁷.

El mayor equívoco de los liberales, a decir de estos autores, puede cifrarse en el «distanciamiento que promueve entre ciudadanos y política; en los obstáculos que impone a todo posible control público sobre la vida económica o cultural de la comunidad»²⁷⁸. Adviértase que los republicanos parecen hacer de lado el principio de neutralidad estatal avanzado desde la perspectiva liberal. De hecho, algunos de estos autores reconocen que precisan un tipo cualificado de ciudadanía. Esa ciudadanía debe caracterizarse por poseer «*virtud cívica*», esto es, por tener una mayor disposición hacia los asuntos públicos. Por ende suele afirmarse que una de las señas de identidad del republicanismo es su concepción optimista del hombre puesto que sin esa concepción, es decir, sin un ciudadano identificado con su comunidad y preocupado por la suerte de sus conciudadanos, la estabilidad de su proyecto no tiene una base estable o suficiente. Señalan que la misma es «una condición necesaria para la preservación de un Estado libre que sus ciudadanos sean políticamente activos y esté motivados por un alto grado de virtud cívica»²⁷⁹. Esta es otra diferencia

²⁷⁷ Rodgers, Daniel T., “Republicanism: the Career of a Concept”, cit., aquí pág. 33.

²⁷⁸ GARGARELLA, Roberto, “El carácter igualitario del Republicanismo”, *Isegoria*, núm. 33, 2005, pp. 175-189, aquí pág. 179.

²⁷⁹ En palabras de A. Patten: “la pretensión distintiva de los republicanos subraya el papel de la participación política y la virtud cívica. Ellos argumentan que es una condición necesaria para la preservación de un Estado libre que sus ciudadanos sean políticamente activos y esté motivados por un alto grado de virtud cívica. Si los ciudadanos no participan actiamente en la vida política, permitirían que sus instituciones se estanquen y corrompan, y finalmente se extingan. Además, esta participación sólo es probable si los ciudadanos están motivados por un compromiso con el bien común y un alto grado de virtud cívica, antes que por el autointerés. Los ciudadanos puramente autointeresados van a preferir atender sólo sus asuntos privados, aprovechándose de la actividad pública de los demás”. Véase: PATTEN, Alan, “The Republican Critique of Liberalism”, *British Journal of Political Science*, núm. 26, 1996 [hay trad. cast. de S. Girón, “La crítica republicana al liberalismo” en: F. Ovejero, J. L.

importante respecto a la tradición liberal: la caracterización virtuosa y altruista del ser humano que le acompaña y a la que me referiré más adelante²⁸⁰. Por ahora, me interesa abordar la idea de libertad como «no-dominación arbitraria».

2.4 LA CONCEPCIÓN REPUBLICANA DE LIBERTAD

Según un punto de vista mayoritario, la idea de libertad es un valor central para el republicanismo. Ahora bien, defienden una noción o concepción distinta de la noción típicamente liberal según la cual la libertad consiste fundamentalmente en la ausencia de coerción. Q. Skinner, entre muchos otros, ha destacado que el grado de aprobación de que la idea de libertad es fundamentalmente negativa es notable entre los filósofos analíticos²⁸¹. Esto es: «libertad marcada como ausencia de alguna otra cosa; específicamente la ausencia de cierto grado de coerción que le impida al agente ser capaz de actuar en pos de sus propios fines, ser capaz de buscar distintas opciones, o al menos ser capaz de elegir entre alternativas distintas»²⁸². Pues bien, la concepción republicana de libertad se reclama en ocasiones heredera de otra tradición de pensamiento, misma que hoy en día, dado lo fuertemente privatizadas que están nuestras sociedades, podría ser demasiado fuerte²⁸³. No obstante tal idea de libertad

Martí y R. Gargarella (comps.), *Nuevas ideas republicanas.*, cit., pp. 235-262, por donde se cita, aquí pág. 240]

²⁸⁰ A pesar de todo, advierte Félix Ovejero que desde distintos núcleos el republicanismo ha intentado defender la idea de democracia participativa y enfatiza -que es lo que aquí interesa- que estas ideas se muestran más acorde con una visión optimista de la ciudadanía, con una confianza en su responsabilidad, en su sentido de justicia y en su capacidad para entender el punto de vista de los otros; aun cuando haya lugar para republicanismos menos participativos (Véase: *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, cit., pág. 136).

²⁸¹ SKINNER, Quentin, “The Paradoxes of Political Liberty”, en: D. Miller (comp.) *Liberty*, Oxford, OUP, 1991 [hay trad. cast. “Las paradojas de la libertad política”, en F. Ovejero, R. Gargarella, J. L. Martí, *Nuevas ideas republicanas*, cit., aquí pp. 93]

²⁸² . SKINNER, Quentin, “Las paradojas de la libertad política”, cit., aquí pág. 94.

²⁸³ Como explica el mismo Q. Skinner: “Esos argumentos descartan con demasiada urgencia, una tradición de pensamiento diferente sobre la libertad social que merece ser expuesta”.

“La tradición a la que me refiero se origina en el pensamiento moral griego y se funda en dos premisas diferentes y de gran influencia. La primera, desarrollada en varios sistemas sucesivos de la ética naturalista, sostiene que somos seres morales con ciertos fines típicamente humanos. La segunda, recogida más tarde por la filosofía política escolástica, agrega que el animal humano es *naturale sociale et politicum* y por lo tanto, que la naturaleza de nuestros fines debe ser, en esencia, social. La visión de la libertad humana que surge de estos supuestos es, entonces, ‘positiva’. De acuerdo con este argumento, sólo puede decirse que somos total o verdaderamente libres si realizamos sólo aquellas actividades propicias par alcanzar *eudaimonia*, o el florecimiento humano, que puedan considerarse como la encarnación de nuestros más profundos fines”. Véase: SKINNER, Quentin, “Las paradojas de la libertad política”, cit., aquí pág 98.

republicana no pretende equipararse sin más a la idea plenamente antigua de libertad positiva. Ello puede verse en una de las formulaciones que ha sido recibida con mayor aprobación. Se trata de la idea de no-dominación arbitraria formulada por P. Pettit.

Según este autor, cuando una persona disfruta de no-dominación está exenta de interferencias arbitrarias en las cosas que hace. Exención significa que otros son incapaces de interferir en su camino. La restricción de que está hecha aquí la exención no es cualquier interferencia, sino a la interferencia arbitraria. Y esta exención no se limita a la ausencia de intervención sino a la incapacidad de otros de ejercerla: no se trata, si se quiere, de una segura ausencia de interferencia. Es en este sentido que la libertad como no-dominación es un ideal completamente diferente de la noción de libertad como no-interferencia²⁸⁴. El republicanismo pretende, por un lado, conjurar los males ligados a la intervención –exigiendo que no sea arbitraria–; y por otro, reconocer las virtudes de la libertad positiva minusvalorada por algunos planteamientos liberales a través, precisamente, de la participación y consentimiento de los afectados.

Para comprender la noción republicana de libertad es necesario acudir a la idea de «dominación». Para Pettit la relación de dominación es la ejemplificada por el vínculo entre el amo y el esclavo o entre el amo y el sirviente: «la relación implica, que la persona dominante tiene la capacidad de interferir arbitrariamente en las decisiones de la persona dominada sin tener que buscar la aprobación de nadie y sin incurrir en ninguna falta, interferir a voluntad y con impunidad»²⁸⁵. No dominación y no interferencia son distintas al grado que, incluso, puede haber dominación sin interferencia o interferencia sin dominación. Alguien puede estar dominado por otro sin que éste realmente interfiera en sus decisiones –v. gr. el caso del esclavo inteligente o del amo de carácter amable–. Asimismo, el hecho de que el Estado requiera de sus ciudadanos a que paguen impuestos implica, ciertamente, coerción;

²⁸⁴En esta parte me baso fundamentalmente en: PETTIT, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. de T. Domènech, Barcelona, Paidós, 1999, aquí pág. 45.

²⁸⁵PETTIT, Philip, “Liberalismo y republicanismo”, en: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, cit., pp. 115-135, aquí pág. 119; Cf. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, cit., pág. 78 y ss.

más no significa que ella se parezca a una voluntad arbitraria de un amo todopoderoso²⁸⁶.

La tradición republicana tiene especial interés en evitar los males ligados a la interferencia. Para dicha tradición, hay interferencia sin pérdida de libertad cuando la interferencia no es arbitraria. No representa una forma de dominación cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses conforme a esas opiniones²⁸⁷. El Derecho bien ordenado «no priva a los sujetos de su libertad, interfiere mas no domina»²⁸⁸. En otras palabras, el Derecho, cuando se condice según el procedimiento democrático, es constitutivo de libertad. Las leyes de un Estado, especialmente las leyes que se conforman según la imagen del Estado de Derecho, y no son simplemente los instrumentos de una voluntad arbitraria de algún individuo o grupo, crean «la libertad de que disfrutan los ciudadanos; las leyes no transgreden esa libertad, ni siquiera de una forma que pueda luego ser compensada»²⁸⁹.

De hecho, los organismos del Estado interfieren sistemáticamente en la vida de la gente, coaccionan al común de las personas imponiéndole leyes que valen para todos, y coaccionan a distintos individuos de la población en el trance de administrar la ley y aplicar las sanciones legales. Por ello es importante no permitir que las interferencias que precisa el Estado en su actuación sean arbitrarias, ya que, de lo contrario, el Estado mismo se convertiría en una fuente de i-libertad. Así, la cuestión a la que tienen que enfrentarse también los republicanos sea la siguiente: ¿cómo puede organizarse el Estado para que entrañe poca o ninguna arbitrariedad? La clave estará, nuevamente, en la participación: cualquier tipo de restricción constitucional no debería ser manipulada por quienes se hallan en el poder. La clave en el mundo democrático para el autor irlandés es clara: «cualquier cosa hecha por un gobierno

²⁸⁶ PETTIT, Philip, “Liberalismo y republicanismo”, cit., pág. 120. La tradición republicana, señala el propio autor, presenta la libertad ‘como lo opuesto a la esclavitud y en ver la exposición a la voluntad arbitraria de otro, de vivir a merced de otro, como el gran mal. El contrario del liber o de la persona libre era el servus o esclavo. Mientras que éste vivía a disposición del amo, la persona libre tenía estatus inverso’. En sentido similar: Skinner, Quentin, “La libertad de las republicas: un tercer concepto de libertad”, trad. de A. Rivero, *Isegoria*, núm. 33, 2005, pp. 19-49.

²⁸⁷ PETTIT, Philip, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, cit., pág. 56. Nótese que el ideal republicano se refiere a la ausencia de dominación en presencia de otros agentes, no a la ausencia de dominación lograda merced del aislamiento. Se trata de libertad cívica y no de libertad natural (pág. 95).

²⁸⁸ *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, cit., pág. 64.

²⁸⁹ Cf. PETTIT, Philip, “Liberalismo y republicanismo”, cit., pág. 124.

republicano debería poder ser objeto de disputa –deberá tomar en cuenta los intereses y las opiniones; e incluso las interpretaciones– por parte de los afectados»²⁹⁰.

Se perfila ya la diferencia que aportaría el concepto republicano de libertad: en el centro está la importancia que éste otorga a la participación política. La clave, la diferencia decisiva respecto a la propuesta liberal, la encontramos en la distinta comprensión que tienen unos y otros del proceso democrático²⁹¹. De modo similar J. Habermas sostiene que el concepto republicano de política no se refiere tanto a los derechos, sino «a la práctica de la autolegislación realizada por ciudadanos orientada al bien común, que se ven a sí mismos como miembros libres e iguales de una comunidad cooperativa y autogobernada. Las leyes son secundarias en el contexto particular de la vida ética de una comunidad, en la cual la virtud de la participación activa en los asuntos públicos puede desarrollarse y estabilizarse»²⁹². Si la tradición liberal resalta por sobre todas las cosas los derechos individuales, la republicana intenta rescatar *sin negar estos últimos* ideales como el autogobierno, la cooperación y la participación, a la que me referiré brevemente.

Había señalado que los republicanos precisaban de un ciudadano «virtuoso», caracterizado por cierta inclinación hacia los asuntos públicos. Ahora bien, aún y cuando la idea de virtud es una noción central en el lenguaje republicano, lo cierto es que la misma suele presentarse de distintas maneras. Entre las diversas opciones tendría que evitarse cualquier concepción que asuma que el individuo se realiza en la participación²⁹³. Tal sería el caso de aquél que apoyase un concepto aristotélico de virtud –el llamado «humanismo cívico»– y que dé por hecho que el individuo se realiza en la polis. Esa idea, llevada hasta sus últimas consecuencias, no resulta coherente con las premisas aquí adoptadas pues terminaría anteponiendo la colectividad al individuo. Con ello se llevaría el péndulo nuevamente al extremo, a

²⁹⁰ Cf. PETTIT, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, cit., pág. 226.

²⁹¹ Para P. PETTIT, (“Liberalismo y republicanismo”, cit., pág. 117) las dos grandes áreas en las que republicanos y liberales entran en conflicto es en la forma en que conciben la libertad y la forma en que operan o deberían de operar las sociedades democráticas.

²⁹² “Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana”, cit., pág. 198.

²⁹³ Aquí sigo a OVEJERO, Felix, “Republicanismo: el lugar de la virtud”, *Isegoria*, núm. 33, 2005, pp. 99-125, aquí pág. 106 y ss., donde propone un esquema con cuatro modelos de virtudes cívicas.

una idea plenamente «antigua» de libertad donde no parece posible hablar de derechos y libertades individuales²⁹⁴.

De esta forma, la noción que considero más afín con el republicanismo aquí esbozado sería aquella que aunque otorgue un lugar importante a la virtud no termina por imponerla. No obliga a los ciudadanos a ser virtuosos o libres²⁹⁵. Es más, incluso no es que la participación sea necesariamente buena en sí misma o que tengamos que tener por ésta nuestra su principal consideración. Bien puede decirse que la participación es importante en la medida en que contribuye a la preservación de la libertad negativa²⁹⁶. Se equipararía a lo que P. Pettit denomina «buena ciudadanía», que intenta lograr un compromiso decente entre los fines individuales en conflicto y las diferentes concepciones del bien, sin imponer ninguna en particular²⁹⁷. La participación entroncada con la virtud, en este sentido débil, se presentaría como requisito para la deliberación, para que el debate público pueda abocarse a la búsqueda y obtención de decisiones que incidan en el bien público independientemente de la autorrealización de los individuos²⁹⁸. Nótese cómo los republicanos pretenden, en esta parte, hacer frente a la tesis que sostiene que el ser humano generalmente es egoísta o que se conduce siempre intentando maximizar su propio bienestar, sin llegar a afirmar lo contrario²⁹⁹.

²⁹⁴ Es aquí donde el republicanismo necesita marcar alguna distancia de la tradición que reclama le da soporte. Como explica Patten, parece que con ello lo que se propone es que existiría “un único bien – como la amistad cívica o el autogobierno- que es un bien para todos, los republicanos parecen insensibles a la diferencia. Aunque mucha gente haya supuesto que esto representa una refutación decisiva a la tradición republicana en la política contemporánea, alrededor de la década pasada varios escritores han intentado revivir la tradición republicana, argumentando que su permanente relevancia es de distinta naturaleza”. Véase: PATTEN, Alan, “La crítica republicana al liberalismo”, cit., aquí pág. 237.

²⁹⁵ Cuando Hayek conmina a distinguir los ‘pensadores liberales’ de aquellos que terminaron haciendo una interpretación racional-constructivista de esta tradición, hacía referencia expresa a J. J. Rousseau (supra nota). Pues bien, Rousseau se cita entre quienes aceptarían que el ser libre o virtuoso pueda imponerse. Ello sería así desde el momento en que la ‘voluntad general’ no puede errar ni dañar a nadie. Esta lectura la hace, por ejemplo, M. José Villaverde en su “Nota introductoria” a J. J. Rousseau, *El contrato social o Principios de derecho político*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pág. XXIII).

²⁹⁶ Cf. PATTEN, Alan, “La crítica republicana al liberalismo”, cit., aquí pág. 237.

²⁹⁷ *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, cit., pág. 318, pp. 336.

²⁹⁸ Cf. SUNSTEIN, Cass R., “Más allá del resurgimiento republicano” cit., aquí pág. 144.

²⁹⁹ Como pone de relieve Felix Ovejero (“Republicanism: el lugar de la virtud”, cit., pág. 115 y ss.), este tipo de tesis empíricas sobre la naturaleza humana –sobre nuestro carácter esencialmente egoísta o altruista– han sido puestas en duda por el avance de la neurociencia y otros estudios de nuestras capacidades cognitivas y adaptativas. Este campo puede ser particularmente útil (o desastroso) para contrastar algunas ideas o preconcepciones que suelen ‘darse por hecho’ en ciencias sociales. Sobre esto volveré en un momento.

2.5 UNA PROPUESTA PARA ARTICULAR EL IMPERIO DE LA CONSTITUCIÓN

Esta es una de las partes más complicadas de mi argumentación. Sin embargo me parece que contamos con los elementos que podrían ayudarnos a configurar una noción compleja que articule la idea del Imperio de la Constitución. En primer lugar, debe prevalecer el valor irrenunciable de la primacía del individuo sobre cualquier tipo de holismo. Esto es un punto insuperable, pienso, para toda propuesta que se precie de seguir en los causes del proyecto de la modernidad. Ahora bien, lo anterior no significa que tenga que suscribirse ésta de modo a-crítico. Ni mucho menos el punto de vista liberal más ortodoxo, paleo o neo-liberal (en un sentido puramente economicista), que en ocasiones suele derivarse de él. Y ello es relevante al menos por dos aspectos. En primer lugar porque la visión del hombre que le subyace –la de un sujeto racional, capaz de estratificar sus decisiones, sin *Akrasia*– es algo que difícilmente se condice con la realidad³⁰⁰. Por otra parte, y quizá de modo más fundamental, el solipsismo implícito de la perspectiva kantiana puede re-configurarse *sin salir de su órbita* con J. Habermas y su teoría del discurso, donde la ‘validez’ se fundamenta de modo intersubjetivo. Con ello, se reivindica nuevamente la política democrática frente a la mayoría de posiciones liberales donde el proceso político no se le concede apenas algún papel relevante. Y es aquí donde la apuesta republicana parece tanto posible como deseable.

Es cierto, por lo demás, que podemos tomar una visión más crítica o emancipadora, que busque romper con el mismo para oponerse a la innegable mercantilización de muchos aspectos de la vida a la que nos ha conducido un capitalismo desbocado, insaciable. Para denunciar también la incapacidad de gran parte del liberalismo para articular un discurso del bien público, o lo que es lo mismo, incidir en su estrecha visión en la que sólo priman los intereses de los egoístas

³⁰⁰ Como he venido insistiendo en esta segunda parte, tal concepción está llena de problemas, de paradojas y ambivalencias. Ambivalencias que se muestran, como dice en tono crítico V. Camps, “en las dos caras del liberalismo”: en la afirmación del individuo autónomo e independiente que quiere ser la expresión de la humanidad más auténtica, y la afirmación del individuo que se deja moldear por las fuerzas, intereses o grupos más dominantes. Es este el individuo que tiene sus raíces teóricas en la hipótesis moderna, que culmina con la ilustración, de un *individuo central y prepotente*, sujeto del saber verdadero y legislador de la conducta justa.” Véase: CAMPS, Victoria, *Paradojas del individualismo*, Barcelona, Crítica, aquí pág. 21 (cursivas mías).

racionales. Donde no hay sitio para articular o dar sentido a la tutela y protección de bienes o derechos colectivos. Podemos radicalizar también el recurso a un pluralismo de valores, a la “post-modernidad” –que en muchas ocasiones no es, como diría O. Paz, “una modernidad más moderna”, sino simplemente “pre-moderna”–, para enfatizar el carácter particularista del punto de vista moral. El retorno a una comunidad más integrada, menos escindida, etc. O incluso, para predicar una moral desde los sentimientos, las emociones, la empatía y romper con el discurso de la moralidad incardinado en la razón. Pero creo que ello nos llevaría demasiado lejos. Por ello, a mi juicio, una propuesta del imperio de la Constitución puede articularse en clave republicana. Antes permítaseme un apunte sobre la concepción compleja de la persona que pertrecha el legalismo y que, estimo, no es un asunto menor.

Tomando como referencia la propuesta compleja de autonomía esbozada anteriormente (apartado 1.5), no cabe duda alguna, y tampoco desde la ideología constitucionalista, que debe seguirse manteniendo la primacía de la libertad de elección. Ahora bien, como todo, cabe preguntarse: ¿libertad de elección sin matiz alguno? o ¿sobre qué base? Aquí pueden resultar de interés los argumentos relativos a los problemas de racionalidad individual. Me explico. El sujeto autónomo de la propuesta de la ideología legalista es, o parece, un elector del tipo *homo-aeconomicus*³⁰¹. Un ser capaz de estratificar sus elecciones, de proyectarlas en el tiempo; capaz de resistir las tentaciones, sin problemas de incontinencia o *Akrasia*, (por no hablar de algún tipo de discapacidad). La literatura sobre estos temas ha venido a desmentir lo que solemos dar por hecho. En efecto, estudios en el ámbito de la psicología o de la neurociencia, demuestran que los individuos no sólo no estratificamos nuestras elecciones de aquella manera sino que incluso nos equivocamos sistemáticamente. Como señalan R. Thaler y C. Sunstein: los seres humanos somos *a la vez* tontos e inteligentes³⁰². Estamos sometidos, en efecto, a

³⁰¹ Véase: OVEJERO, Félix, *La libertad inhóspita. Modelos humanos y modelos de democracia*, Barcelona Paidós, 2002, pp. 39 y ss.

³⁰² En esta parte me baso fundamentalmente en: THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2007, [trad. cast. de B. Urrutia, *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Madrid, Taurus, 2009, por donde se cita, aquí pág. 93] El asunto radica en que dichos estudios parecen apuntar en que hay dos formas de pensamiento arraigado en los seres humanos: el reflexivo y el automático. El primero, es más premeditado y autoconsciente. El sistema automático, por su parte, es más rápido e instintivo y no se asocia a lo que normalmente

sesgos y errores. Entre los más frecuentes se encontrarían los que producen heurísticos tales como el anclaje³⁰³, la disponibilidad³⁰⁴, la representatividad³⁰⁵; o bien sesgos tales como el exceso de confianza³⁰⁶, la aversión a la pérdida³⁰⁷, el sesgo del *statu quo*³⁰⁸ o el enmarcado³⁰⁹, etc.

referimos con la palabra pensar o razonar. Este último es el que utilizamos con mayor frecuencia, dadas nuestras limitaciones de conocimiento y tiempo. Esos dos sistemas de pensamiento están interaccionando constantemente.

³⁰³ El anclaje es el proceso por el cual se toma un ‘ancla’, una cifra conocida, y se va ajustando hacia la dirección que se considera apropiada. El ejemplo que dan Sunstein y Thaler es el siguiente: “supongamos que se nos pide que conjeturemos la población de Milwaukee, una ciudad que está a una distancia de dos horas al norte de Chicago”. ¿Cómo podríamos proceder? Pues comenzar por algo que conocemos, la ciudad de Chicago, unos tres millones y luego pensar en Milwaukee aproximadamente... Pues bien, el sesgo se produce porque los ajustes suelen ser insuficientes por exceso o defecto. Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, cit., aquí pp. 39-40

³⁰⁴ La disponibilidad es un heurístico por el cual las personas evalúan la probabilidad de un riesgo dado; generalmente atendiéndose a la facilidad con que vienen a la mente ejemplos similares. Por ejemplo, después del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, mucha gente tenía miedo a utilizar un avión (los acontecimientos recientes tienen más impacto en nuestra conducta). De la misma forma, nos dicen Sunstein y Thaler, las valoraciones sesgadas pueden producir influencias perversas sobre cómo nos preparamos para las crisis, las decisiones económicas y los procesos políticos, y respondemos a ellos: las percepciones engañosas pueden afectar a la política porque los gobiernos tienden a asignar los recursos de una manera que coincida con los temores de la gente más que en respuesta al peligro más probable. Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, cit., aquí pp. 41 y ss.

³⁰⁵ Este heurístico se basa en la idea de que las personas evalúan la probabilidad de que algo, A, pertenezca a una categoría, B, las personas (en especial sus sistemas automáticos) responden preguntándose por la semejanza de A con su imagen o estereotipo de B. Nuevamente el problema es que la representatividad puede causar graves distorsiones en la percepción en nuestras pautas de vida cotidianas: vemos ‘pautas’ en procesos netamente aleatorios (como arrojar una moneda al aire por X veces y que caiga cara en tres ocasiones seguidas) porque construimos nuestras pruebas informales *después de haber visto el resultado*. Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, cit., aquí pp. 43-4.

³⁰⁶ El optimismo puede ejemplificarse por ejemplo en el efecto “superior a la media” por el cual las personas consideran que son mejores que los demás. Se trata en muchas ocasiones de un optimismo no realista cuando hay mucho en juego: por ejemplo, aproximadamente el 50% de los matrimonios terminan en divorcio. Y sin embargo al momento de la ceremonia casi todas las parejas creen que las posibilidades de que su matrimonio termine en divorcio son nulas, incluso si ya se han divorciado... Esto es relevante, como se supondrá, de cara a que ese tipo de optimismo no realista juega un papel fundamental al momento de calibrar los riesgos individuales que se asumen (en materia de vida y salud). Ese optimismo es un rasgo universal que caracteriza a la mayoría de las personas, es decir, sobreestiman su inmunidad (“a mí, X no me puede pasar”) y se dejan de tomar medidas preventivas razonables. Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, cit., pp. 49-50.

³⁰⁷ La aversión a las pérdidas es otro sesgo típico de nuestra condición humana: la personas odiamos las pérdidas. Incluso las odiamos más, o nos duelen más, de lo que nos agrada conseguir eso mismo. Dicha aversión funciona, nos dicen Thaler y Sunstein, como una suerte de nudge cognitivo que nos impulsa a no hacer cambios, incluso cuando estos nos benefician mucho. Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, cit., aquí pp. 50-1.

³⁰⁸ Este sesgo consiste en la tendencia a aferrarse a la situación actual. Se trata de una inercia que, no obstante, puede ocasionar problemas. Piénsese, por ejemplo, en la importancia de las opciones por defecto (mantenerse suscrito a una revista; pagar un servicio que no se utiliza, etc.), aunado a los problemas de la falta de atención (“sí, lo que sea...”). Pues bien, la combinación de la aversión a la

Asimismo, conviene tener en cuenta, a propósito de las dificultades de la concepción compleja de la persona humana aludida, es el problema de la *Akrasia*. Siguiendo nuevamente a Thaler y Sunstein, bien puede decirse que cualquier tipo de concepción plausible de los individuos, de cómo actúan, debe hacer frente a factores tales como las tentaciones o la negligencia. El primero es el problema de debilidad de la voluntad. De cómo se alteran nuestra conducta y deseos cuando estamos bajo el influjo de la excitación: nuestra conducta refleja cierta ingenuidad respecto a los efectos que el contexto puede tener sobre la decisión³¹⁰. A ello habría que añadir los problemas de las decisiones irreflexivas, automáticas y que nos llevan a plantear distintas estrategias de autocontrol. Y si el medio social influye en nosotros, es objeto de una doble valoración. Por un lado, de preocupación porque la influencia implica que las personas se hagan con creencias sesgadas o incluso falsas de la realidad (que por cierto, perduran incluso entre generaciones). Por el otro, de satisfacción porque una buena influencia logra también dinámicas positivas. Que la gente sigue a los demás no es un mero *slogan*: por temor al rechazo, por ignorancia pluralista, etc³¹¹.

¿Qué repercusiones debería tener ello en tal propuesta? Podríamos decir que ninguna. La noción de autonomía y racionalidad que le acompaña es una *concepción normativa de la persona* por lo que este tipo de constataciones fácticas o empíricas nada afectan. Simplemente, juegan en distintos planos. No obstante, tener consciencia de estos problemas nos llevan a reflexionar sobre la viabilidad misma del sujeto hiper-racional, o al menos a matizarlas. La concepción compleja de la persona humana, articulada con distintos ingredientes, podría ver reducido su potencial de *desiderata*. Esto es, si la consideramos valiosa, lo es en la medida en que se satisfacen todas sus características (los cuatro estadios aludidos). ¿Pero sigue siendo un ideal sin fisuras? ¿No resta nada a la capacidad electora el hecho de que, por ejemplo, los sujetos tengan aversión a la pérdida, exceso de confianza o debilidad de voluntad? Por

pérdida con la elección irreflexiva supone que, entre otras cosas, que las opciones por defecto atraerán una mayor cuota de mercado. Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, cit., aquí pp. 52-3.

³⁰⁹ El enmarcado por su parte se basa en la idea de que las decisiones dependen, en parte, de la forma en que se enuncian los problemas (*framing*). Funciona porque tendemos a tomar decisiones de forma negligente y pasiva. Nuestro sistema reflexivo no hace el trabajo que sería necesario para comprobar el enmarcado de las preguntas de otra forma, la respuesta sería distinta. Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, cit., aquí pág. 54.

³¹⁰ Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, cit., aquí pág. 59.

³¹¹ Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, pág. 207 y ss.

supuesto que con ello se generan problemas (la graduabilidad de la autonomía, sin ir más lejos, o el de la posibilidad de hablar con sentido de responsabilidad³¹²). En suma lo que quiero decir es lo siguiente: si no soslayamos estos datos así como la relevancia que tienen los marcos en los que las decisiones se toman; parece abrirse el abanico de intervenciones que consideraríamos legítimas. Esto es, como se sabe, lo que sintéticamente vienen a sostener R. Thaler y C. Sunstein, quienes, confían en un *paternalismo-libertario*³¹³.

En su propuesta, dicho brevemente, “el aspecto libertario” consiste “en la convicción de que, en general, las personas deben ser libres para hacer lo que desean, y para desvincularse de acuerdos desventajosos si lo prefieren”; mientras que, “el aspecto paternalista radica en que piensan que es legítimo que los arquitectos de las decisiones traten de influir en la conducta de la gente para hacer su vida más larga, más sana y mejor”; “que promuevan su propio bienestar”. Ahora bien, una cuestión fundamental es que consideran que una política es paternalista si intenta influir en las decisiones de manera que quienes deciden salgan beneficiados, *a juicio de ellos mismos*³¹⁴. Su propuesta, no está, por supuesto, exenta de problemas: ¿dónde ubicar los límites? ¿no tienen las personas derecho a equivocarse? ¿quién decidirá cuándo es un *nudge* bueno? ¿No supone dar al Estado barra libre para adoctrinar a sus ciudadanos?, etc. El punto en que cifran los límites de su propuesta viene dado por el

³¹² Este sería el segundo aspecto de las críticas más radicales a la noción de autonomía, según señala B. Clarke (*Autonomy Unbound*, cit., aquí pág. 9 y ss.). Para este autor, en efecto, la primera sería la crítica comunista, que no es sino una crítica holista, donde la sociedad tiene prioridad sobre el individuo. El segundo recuerda algunas críticas post-estructuralistas o post-modernas, en el sentido de que el individuo está a la interperie, sujeto a fuerzas externas insuperables. O que la autonomía tal y como es concebida es sumamente difícil o incluso imposible. Sin embargo, lo que aquí se está diciendo no es esto en sentido estricto. Que haya este tipo de sesgos o problemas, no significa que las personas sean como ‘hojas al viento’, ni mucho menos. Pienso que si la noción de racionalidad que va implícita en la de autonomía es adscriptiva, tener en cuenta cómo funciona realmente nuestro mecanismo cognitivo sirve no a superar la noción misma; sino a atemperarla. Sería un despropósito no hacer caso de toda esta literatura, al menos para conocer los límites de la racionalidad que solemos dar por hecho.

³¹³ El paternalismo-libertario, según estos autores, consiste en una propuesta que busca aunar lo rescatable del paternalismo con la libertad de elección. Esto suena muy bien ¿pero cómo es esto posible? Se entiende que los liberales adoptan la libertad de elección y deploran el paternalismo; mientras que los paternalistas serían escépticos de la libertad de elección sin restricción alguna y deploran, en esta medida, el libertarismo. De ahí que los liberales no pueden abarcar el paternalismo, y los paternalistas aborrecen el libertarismo, según el saber convencional. La idea de «paternalismo-libertario» parece, por tanto, una contradicción de términos. (Véase: Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., “Libertarian paternalism Is Not an Oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 40, num. 4, 2003, pp. 1158-1201, aquí pág. 1159.)

³¹⁴ Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, cit., pág. 19; *Íd.*, “Libertarian paternalism Is Not an Oxymoron”, pág. 1201.

principio de publicidad formulado por J. Rawls. Dicho principio prohíbe al Gobierno que elija una política que no podría ni querría defender públicamente ante sus ciudadanos. Tiene una doble vertiente. Una práctica, que significa que el Gobierno que actúe de esta manera se meterá en problemas considerables. La segunda tiene que ver con la idea de respeto: el Gobierno debe respetar a sus ciudadanos y una forma de no hacerlo es adoptando políticas que no está dispuesto a defender en público³¹⁵.

Esto último me lleva al punto clave de la propuesta constitucionalista y que podemos ir perfilando desde la anterior afirmación. Es decir, desde el valor otorgado no sólo a la idea de que nuestras instituciones sociales se organicen de tal forma sino que sean permeables que precisen la práctica de dar y pedir razones. Pero en realidad, lo anterior es sólo una parte: lo que importa es que la *definición misma* de lo que consideremos como válido o legítimo se incluya la participación de los posibles afectados. Este es el punto. El hecho de haber prescindido de que existan realidades éticas objetivas no significa que para calibrar lo qué habríamos de tener por correcto no podamos recurrir a un procedimiento que nos facilite esta tarea. Pues bien, el punto clave es que la ideología constitucionalista apostaría, desde el punto de vista metaético, por una posición constructivista³¹⁶. De entre las distintas posiciones que se han llamado así, resulta especialmente relevante la propuesta de J. Habermas quien reformula, con su ética discursiva³¹⁷, el imperativo categórico kantiano para darle una dimensión procedimental y dialógica. Escribe el filósofo de Düsseldorf:

³¹⁵ Cf. THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón (Nudge)*, pág. 264-8.

³¹⁶ Sobre el constructivismo, véase: NINO, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, Madrid, CEC, 1982; adopta esta estrategia para apuntalar su propuesta neo-constitucionalista, en el marco también de un pluralismo de valores; o mejor, en la pos-modernidad *à la* “tiempos líquidos” de M. Baumann: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, cit., aquí pág. 15 y ss. Para un análisis sobre los problemas del constructivismo o su imposibilidad en tanto tercera vía entre el internalismo (proyectivismo) y externalismo (realismo-moral) véase: BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991, pp. 224 y ss.

³¹⁷ Sería un despropósito intentar siquiera esbozar las líneas de la ética del discurso habermasiana. Sobre el particular, véase: Habermas, Jürgen, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main 1983, [trad. cast. de R. Cotarello, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2008]; pueden servir para introducirse en ella y algunas de sus críticas los trabajos de: McCarthy, Thomas, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, 1978 [trad. cast. de M. Jiménez Redondo, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Madrid, Tecnos, 1999, esp. cap. IV; VELASCO, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, prólogo de J. Muguerza, Madrid, CEPC, 2000, pp. 37 y ss.; *Íd.*, *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, pp. 29 y ss.; PRIETO NAVARRO, Evaristo, *Jürgen Habermas. Acción comunicativa e identidad política*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 85 y ss.

Sin poder contar ya con el respaldo de visiones religiosas o metafísicas del mundo resistentes a la crítica, *las orientaciones prácticas sólo pueden obtenerse ya en última instancia de argumentaciones, es decir, de las formas de reflexión de la acción comunicativa misma*. La racionalización de un mundo de la vida se mide por el grado en que los potenciales de racionalidad que la acción comunicativa comporta y que el discurso libera impregnan y fluidifican las estructuras del mundo de la vida³¹⁸.

Dicho brevemente: mientras que en Kant la autonomía está ligada a la *primacía del foro interno* de los sujetos, dejando, y en algún sentido relegando, a las leyes civiles la garantía de la libertad exterior; Habermas, por su parte, se empeña en elaborar una noción de autonomía integradora de ambas dimensiones. Es decir, que incluya tanto la «autonomía moral»— como la «autonomía pública»³¹⁹. Busca, en efecto, de una *conexión interna* entre ambas. Está en busca, tal y como él mismo señala, de una conexión entre soberanía popular y los derechos del hombre. Esa conexión interna «ha de radicar en el contenido normativo de un modo de ejercicio de la autonomía política, que no viene asegurado por la forma de leyes generales sino sólo por la forma de comunicación que representa la formación discursiva de opinión y la voluntad comunes»³²⁰. Creo que puede apreciarse ya de forma clara la diferencia. De seguirse este camino, la apuesta constitucionalista pasa por imbricar necesariamente Derecho y moral pero entendidos ambos de forma peculiar: la moral a la que nos referimos no es *la* moral correcta o verdadera sino la que todos construimos (en este caso, discursiva o dialógicamente).

Será entonces el «principio del discurso», siempre en los términos de la propuesta habermasiana, el punto clave para su reconstrucción, que explica, como ha dicho en un conocido trabajo, cómo es posible la «legitimidad por vía de la legalidad». El mismo no expresa otra cosa sino el sentido de las exigencias post-convencionales de fundamentación, tiene contenido normativo. Expresa, según él, «la

³¹⁸ *Facticidad y validez*, cit., pág. 163. *Cursivas mías*.

³¹⁹ “El objetivo de Habermas consiste, en síntesis, en intentar una reconstrucción discursiva de la noción kantiana de la personalidad moral, con todas sus implicaciones universalistas, y a la vez subrayar la dimensión pública de la autonomía.” Cf. VALLESPIN, Fernando, “Una disputa de familia. El debate Rawls-Habermas”, en: J. Habermas, J. Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1998 pp. 9-37, aquí pp. 28 y ss.

³²⁰ *Facticidad y validez*, cit., pág. 163.

imparcialidad de los juicios prácticos». Dicho principio, en los términos de Habermas, reza así: «válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales»³²¹. Este principio, que se mueve a un nivel altísimo de abstracción, tendrá, al menos dos especificaciones. Una en tanto principio moral, según el cual su teoría discursiva «trasciende los límites y ámbitos de la vida privados y públicos, límites que son históricamente fortuitos y que discurren de modo distinto conforme a las distintas estructuras sociales; de tal forma toma en serio el sentido universalista de la validez de las reglas morales al exigir que la asunción ideal de rol, que, según Kant, la efectúa cada individuo en *privatum*, se convierta en una praxis pública, ejercitada por todos en común»³²². La otra manifestación es el principio democrático. Dicho principio, por su parte, va a fijar un *procedimiento de producción legítima de normas jurídicas*: lo único que dice es que sólo pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica»³²³.

Esta es la noción clave o punto de partida que propongo para la ideología constitucionalista. Con ella cambia, pienso, la concepción misma del Derecho porque ahora tendrá una base discursiva. Como se sabe, esa es la pretensión central del «Habermas jurista»: el Derecho no puede ser visto meramente a través de su componente fáctico o coactivo sino también, y sobre todo, a través de la pretensión de validez que erige su forma de creación³²⁴. Esto es, la legitimidad que deriva que sus destinatarios puedan verse, sentirse, a la vez, autores racionales de esas normas. Su

³²¹ Cf. *Facticidad y validez*, cit., pág. 172.

³²² *Facticidad y validez*, cit., pág. 174.

³²³ *Facticidad y validez*, cit., pág. 174.

³²⁴ Como explica el mismo su argumentación para fundamentar un sistema de derechos que ‘haga valer *equilibradamente*’ autonomía privada y la autonomía pública. En sus palabras: “este sistema siempre habrá de contener precisamente aquellos derechos que los ciudadanos han de otorgarse si quieren regular su convivencia en términos legítimos con los medios del derecho positivo. Al igual que en el derecho natural racional clásico estos derechos han de introducirse primero desde la perspectiva de un no implicado”. Para ello, nos dice Habermas, da los siguientes pasos: “hemos partido de la historia de la dogmática de los derechos subjetivos, a fin de hacernos cargo con claridad de la paradoja del nacimiento de la legitimidad a partir de la legalidad; hemos desarrollado una lectura del concepto de autonomía en términos del discurso que permite reconocer la conexión interna entre los derechos del hombre y la soberanía popular. Finalmente hemos estudiado la relación de complementariedad entre derecho y moral para aclarar los rasgos formales por los que las normas jurídicas se distinguen de las reglas generales de acción” Cf. *Facticidad y validez*, cit., aquí pág. 184.

componente democrático salta a la vista (aunque ello no significa que en su esquema el pueblo sea el soberano; sino que se trata, como dice, de una soberanía sin sujeto). Para ello, Habermas propone una articulación del sistema de derechos con el principio de discurso en el que deben reconocerse derechos que los ciudadanos tienen que atribuirse y reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo. Dos elementos son pues fundamentales y de *igual dignidad normativa*: por un lado el principio del discurso y por otro la forma del Derecho. El principio del discurso sirve para examinar la legitimidad de las normas de acción; mientras que la forma jurídica contiene derechos a través de los cuales se estabilizan las expectativas sociales³²⁵.

³²⁵ Cf. *Facticidad y validez*, cit., pág. 174

CAPÍTULO SEGUNDO

DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTADO DE DERECHO

En este capítulo me propongo a desarrollar la concepción del poder político que subyace tanto al legalismo como al constitucionalismo. Así, teniendo presente el marco desarrollado en el primer capítulo, mi intención es defender, en primer término, que al legalismo le acompaña una visión restringida del Estado de Derecho. Entiendo que la misma tiene que ver con los orígenes de la institución, que se remontan a los inicios del Estado moderno y a su posterior constitución como Estado de Derecho (liberal). Esta forma de ver las instituciones políticas y sociales se adecua a la empresa legalista en la medida en que se tiene al individuo como eje articulador de todas las pretensiones. En segundo término, desarrollo una concepción amplia de Estado de Derecho que es la que estimo acompañaría a la empresa constitucionalista. La misma se caracteriza, por un lado, por ampliar el catálogo de derechos y libertades fundamentales y, por el otro, por profundizar en la participación política. Esta concepción se muestra más acorde con la visión de los individuos no como sujetos privados, como en el caso del legalismo, sino también, y sobre todo, en su dimensión pública, es decir, en tanto ciudadanos pertenecientes a una determinada comunidad política.

1. LEGALISMO: UNA CONCEPCIÓN RESTRINGIDA DE ESTADO DE DERECHO

Para comenzar, resulta oportuno reiterar la advertencia sobre la complejidad que rodea al fenómeno estatal. Dicha advertencia se ha convertido, incluso, en una cláusula de estilo en la literatura sobre el tema³²⁶. De la misma forma, me interesa

³²⁶ En la traducción al castellano de A. Benz, la cita -tomada a su vez de Isensee- con la que abre su análisis va en esa línea: “lo que el Estado signifique es algo que puede reducirse a un único concepto o encerrar en una definición académica. En realidad ello se explica por sí mismo: la complejidad y la mutabilidad, espacial y temporal, de los fenómenos estatales. El concepto sólo puede abarcar la materia de uno de los múltiples e imprevisibles aspectos. De lo cual deriva el inevitable relativismo de cualquier concepto del Estado. Sólo puede obtenerse una imagen aproximada de conjunto, partiendo de los múltiples aspectos que se van relevando alrededor del objeto según cambian las perspectivas”. Véase: BENZ, Arthur, *Der moderne Staat. Grundlagen der Politologischen Analyse*, Oldnboung-Verlag,

destacar que la expresión «Estado de Derecho», aunque utilizada en muchas ocasiones como sinónima no es, en estricto sentido, identificable a otras como la inglesa *Rule of Law*, la alemana *Rechtsstaat*, la francesa *État de droit*; o la italiana *Stato di diritto*³²⁷. Y no lo es porque a cada una de ellas subyace una carga de significado producto de su evolución, de la confluencia de tradiciones, doctrinas, teorías e ideologías dispares a propósito de la génesis, organización, legitimación o limitación del poder político³²⁸. Con la intención de simplificar, me parece que pueden trazarse dos matrices dominantes de la idea. Por un lado, la correspondiente a la tradición británica del *Rule of Law* y, por otro, la alemana del *Rechtsstaat*. Cada una de ellas presenta peculiaridades, influyendo, estimo, en el ámbito anglosajón y en el continental respectivamente³²⁹.

Para intentar organizar la exposición diré, en primer lugar, que no puede comprenderse cabalmente nuestro objeto de estudio sin la noción de Estado y esta, a su vez, ajena a su devenir histórico. De hecho, la expresión se utiliza frecuentemente en un tan sentido tan amplio que, prácticamente, designa cualquier forma de organización o dominación política del que tengamos noticia. Es decir, se utiliza para

München, 2008 [trad. cast. de J. M. Jiménez y E. von Carstenn-Lichterfelde, *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*, Madrid, CEPC, 2010, por donde se cita, aquí pág. 25]

³²⁷ La Comisión Internacional de Juristas de Ginebra señaló que la idea del *Rule of Law* tal y como se entiende en Inglaterra, no tiene las mismas implicaciones que el “Government Under The Law” de Estados Unidos, el “le Principe de la Légalité” o “la Règle de Droit” francesa o del “Rechtsstaat” alemán. Haciendo énfasis que éstas, a su vez, se diferencian de la llamada “legalidad socialista”. Véase: International Commission of Jurist, “The Rule of Law in a Free Society” in: *The Rule of Law. A Report on the International Congress of Jurist, New Delhi, India*, Geneve, 1959, aquí pág. 191. Véase también el enciclopédico estudio de: HEUSCHLING, Luc, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Daloz, Paris, (Prix de thèse du Groupe européen de droit public), 2002, aquí pp. 1-27; PALLOMBELLA, Gianluigi, “The Rule of Law and Its Core”, en: G. Pallombella y N. Walker, *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, 2009, pp. 17-42.

³²⁸ ‘A pesar de su éxito –escribe Baratta–, el principio del Estado de Derecho continúa siendo, sin embargo, uno de los más controvertidos de la ciencia jurídico-política moderna. Ya que en relación directa a su aceptación se han ido multiplicando, con el transcurso de los años, los significados y los valores que se le atribuyen’. Se ha ido delineando, de la misma forma, un concepto rico y complejo en extremo de Estado Derecho: concepciones diversas (científicas e incluso ideológicas) acerca del Derecho y del Estado han contribuido a determinar sus varios aspectos y significados. Véase: BARATTA, Alessandro “El Estado de Derecho. Historia del concepto y su problemática actual”, trad. de M. Barbero, *Sistema*, núm. 17-18, 1977, pp. 11-23, aquí pág. 11. De modo reciente, entre nosotros: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 101 y ss.

³²⁹ En este sentido, por ejemplo: ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad de Jaén, 1999, aquí pág. 34; quien se hace eco también de la cuestión problemática de su aparición histórica. También véase: ZOLO, Danilo, “Rule of Law: A Critical Reappraisal”, en: D. Zolo y P. Costa, *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007, pp. 3-71, esp. pp. 3-6.

referir toda estructura genérica de dominación, pero esto no es sino una licencia³³⁰. De modo similar al concepto de derechos fundamentales, el de Estado es un constructo gestado en el marco que con G. Peces-Barba hemos denominado tránsito a la modernidad³³¹. Fue entonces cuando se dio todo ese cúmulo de circunstancias, revueltas, guerras o factores que modelan lo que por él entendemos. Simplificando en extremo: con ello me refiero a la configuración de distintos órdenes de dominación (sociedad feudal, estamental), las pugnas por la soberanía entre el poder espiritual y el poder terrenal, su progresiva secularización, la definición mediante el uso de la fuerza de territorios para su ejercicio, la centralización del poder que redundará en el aglutinamiento de las fuentes del derecho o en la unidad de jurisdicción, etc.

De ahí que se afirme que Estado y modernidad forman un binomio inseparable. Así, tanto «la ciencia moderna con su correspondiente desarrollo tecnológico, el capitalismo, desde el mercantil al industrial, y el Estado, desde la monarquía absoluta al Estado democrático, forman el trípode sobre el que se asienta la modernidad»³³². En todo caso, debe advertirse que si bien sus sucesivas manifestaciones no se entienden sin ese *background*, tampoco se trata de transiciones lineales. E. Díaz no deja de insistir en el hecho de que «el Estado de Derecho es una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales»³³³.

En todo caso, la narración más familiar que tenemos del Estado de Derecho suele comenzar con el paso de un Estado absoluto a un Estado de corte liberal por la limitación del *imperium*, y de éste al Estado nación por la irrupción de la ciudadanía.

³³⁰ Insiste en ello, por ejemplo: SOTELO, Ignacio, *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, aquí pág. 15 y ss. Aunque, como casi todo, depende de cómo se vea. Algo parecido sucede con la idea de Constitución. Si la entendemos como *ordenamiento general de las relaciones sociales y políticas*, en sus distintas manifestaciones históricas y contextos es claro que el adjetivo no sólo puede aplicarse a las constituciones surgidas con las revoluciones liberales sino que alcanza otras manifestaciones. Véase: FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, [trad. al cast. de M. Martínez Neira, *Constitución. Desde la antigüedad hasta nuestros días*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2007, por donde se cita, esp. pp. 15-55].

³³¹ Véanse, entre los trabajos ya citados: “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales” en: PECES-BARBA G y FERNÁNDEZ, E., *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*, tomo I, Dikynson, Madrid, 1998, pp. 15 y ss.

³³² Véase: SOTELO, Ignacio, “Estado moderno”, en: E. Díaz y A. Ruíz Miguel, *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1ª reimp. 2004, pp. 25-44, aquí pág. 26 y ss.

³³³ Tampoco que en que deben evitarse a toda costa cualquier tipo de reduccionismo: sea conservador, sea totalitario. Más adelante nos haremos eco de estas palabras. Por lo pronto, véase: DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho”, E. Díaz y A. Ruíz Miguel, *Filosofía Política II. cit.*, pp. 63-82, aquí pág. 64.

Posteriormente, con la expansión de la titularidad de los derechos políticos, le sucedería el Estado social y democrático –en ocasiones llamado «Estado de bienestar»–, su crisis, hasta llegar al proceso de globalización donde varias categorías en las que se asienta (v. gr. «soberanía») se tornan borrosas o difusas. Pero ello no es sino una forma sucinta de aprehender un objeto de estudio³³⁴. Nuevamente con E. Díaz, hay que decir que se trata de transiciones son más o menos fluidas y no ajenas a retrocesos. Asimismo, las distintas manifestaciones del Estado moderno siguieron caminos diferenciados. Esto se puede advertir en la solución dada al problema de la soberanía o en el grado de separación entre sociedad civil y gobierno³³⁵.

1.1. ¿POR QUÉ NO TODO ESTADO MERECE SER LLAMADO ESTADO DE DERECHO?

En segundo lugar, merece destacarse otro aspecto relevante. El concepto de Estado de Derecho que aquí se va a utilizar no es «neutral» o «a-valorativo», en el sentido de que no basta con asignarle el monopolio legítimo de la violencia. No se trata de uno de corte «exquisitamente sociológico»³³⁶, por decirlo de alguna manera. La referencia

³³⁴ P. D'Entrevès termina un capítulo de su espléndido *La noción de Estado* dando respuesta a su pregunta inicial: ¿es lícito utilizar la palabra Estado en locuciones corrientes como la 'concepción' o 'la teoría del Estado' referidas a la antigüedad o al Medioevo, es decir, a épocas en que tal término era en absoluto ignorado? A este respecto nos dice: "desde luego, si con el empleo de la palabra moderna se velaran las diferencias sustanciales que existen entre las estructuras políticas de aquellas épocas y las de la nuestra, hablar de 'Estado' para referirnos a la *polis* griega, a la *res romana* o a la *communitas perfecta* medieval sería condenable como un abuso lingüístico. Pero no hay tal abuso –o, por lo menos, está muy atenuado– cuando el término 'Estado' se utiliza como una fórmula abreviada, casi podría decirse estenográfica, para designar lo que hay de común en todas esas experiencias políticas y en los conceptos en las que las mismas se reflejan; lo que no exime, claro está, de la necesidad de examinar las diferencias o coincidencias, las cuales –unas y otras– se manifestaran en grado distinto según los distintos puntos de vista desde los que se acometa el problema del Estado. Es sobre todo en el plano jurídico donde, a nuestro juicio, se irá haciendo cada vez más compleja la noción de Estado con el paso de los siglos, y nuevos elementos, como el concepto de soberanía o el de la personalidad del Estado, contribuirán a diferenciar palmariamente el Estado moderno de las experiencias políticas anteriores". Sin embargo, el problema del Estado, pese a lo que se acaba de afirmar, permanece inmutable en sus dos polos extremos, el de la pura consideración fáctica y el de su consideración filosófica. Véase: PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro, *The Notion of State: An Introduction to Political Theory*, Oxford, OUP, 1967 [hay trad. al cast. de A. Fernández Galiano: *La noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política*, Barcelona, Ariel, 2001, por donde se cita, aquí pág. 60]

³³⁵ Véase: BOBBIO, Norberto, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Turin, 1985 [trad. cast. de J. Fernández Santillán, en: *Íd., Estado, gobierno sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 2ª reimp., 1992, esp. 39 y ss.]

³³⁶ Véase: WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehender Soziologie*, Tubinga, 1922 [trad. al cast. de J. Medina Echavarría, J. Roura, E. Ímaz, E. García Maynez y J. Ferrater Mora, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, ed. Preparada por J. Wickelmann y nota preliminar de J. Medina Echavarría, FCE-España, 2ª, reimp. 2002, por donde se cita, aquí pág. 1060].

aquí, obviamente, remite a M. Weber a quien se debe el análisis más penetrante del proceso de racionalización que conlleva la modernidad y la aparición del Estado moderno. Para este autor, en un clásico pasaje, el Estado no es sino:

«una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación de manos de sus directores pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos, que anteriormente disponían de aquéllos por derecho propio, y colocándose a sí mismo, en lugar de ellos, en la cima suprema»³³⁷.

En la actualidad resulta difícil dudar de la carga positiva y legitimadora del rótulo Estado de Derecho. Por ello se resiste a ser utilizado como «tipo ideal» en sentido weberiano. Estado de Derecho no es, no sería, cualquier Estado o manifestación de éste. Bajo su rótulo no cabe encubrir Estados absolutistas, despóticos o totalitarios³³⁸. Esta es, pienso, la principal enseñanza del viejo *Estado de Derecho y sociedad democrática* del profesor E. Díaz, un libro, cuya importancia es difícil de exagerar en el contexto español. Ahí sostuvo en un conocido pasaje:

«no todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo

Max Weber considera que se produce una ‘sedimentación’ por medio del proceso de racionalización que va a concluir con la aparición del Estado moderno. Y lo que es más importante: para él lo que lo define no es ya una cuestión de fines, sino de medios. Es decir es una cuestión de dominación (*Herrschaft*), de la posibilidad de encontrar obediencia a los mandatos. A diferencia del Estado hobbesiano, el de Max Weber aspira a monopolizar sólo la violencia legítima, fuera de él cualquier violencia es ilegítima. Véase: BOBBIO, Norberto, “Max Weber, el poder y los clásicos”, trad. de J. Fernández Santillán, en: *Íd., Teoría General de la Política*, pp. 145-172, esp. pág. 150 y ss. La pregunta que surge inmediatamente es ¿qué entiende por legítimo? Como explica Sotelo, para M. Weber la cuestión de legitimidad no consiste en dilucidar los atributos que tendría la autoridad, en virtud de los cuales estaríamos obligados a obedecerle, ya que *toda autoridad que consigue arrancar obediencia es legítima*. Así, por el mero hecho de existir, todos los Estados son legítimos, puesto que la legitimidad consiste en la *creencia* de los sometidos de que está justificado el obedecer. Esta noción de facto de legitimidad, supone el cuestionamiento de la legitimidad en un sentido normativo. El concepto sociológico del Estado y el jurídico marchan por vías separadas. (Véase: SOTELO, Ignacio, “Estado moderno”, cit., pp. 35 y ss., aquí pág. 38).

³³⁷ WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, cit., aquí pág. 1060

³³⁸ Cf. DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 9ª. ed., 2010, aquí pág. 45. [La 1ª edición fue publicada en la Editorial Cuadernos para el Dialogo en 1966]

jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho»³³⁹.

Para comprender mejor esta última afirmación conviene tener presente lo que a menudo se llama su reducción positivista. Hace falta referirse a la obra de H. Kelsen, quien siguiendo la estela de G. Jellinek y P. Laband priva al Estado de contenidos materiales. En efecto, debido a la función ideológica que desempeñaba, Kelsen diluyó el dualismo entre Estado y Derecho al no tener cabida al interior de su *Teoría pura del Derecho*³⁴⁰; tampoco a la luz de su pretensión epistemológica de dotar de unidad a todo el ordenamiento jurídico tanto estatal como internacional. Por ello, resultaría impensable un Estado no sujeto a Derecho para Kelsen, porque Derecho y Estado son, por así decirlo, lo mismo³⁴¹. En efecto, para él «el Estado es la sociedad constituida por el orden jurídico y [...] el Estado es la personificación de ese orden jurídico»³⁴². Al referirse a la llamada teoría de la auto-obligación del Estado enfatiza que: «si se reconoce en el Estado un orden jurídico, *todo Estado es un Estado de derecho*, dado que esta expresión es pleonástica»³⁴³. Las palabras de E. Díaz impugnan esta visión por considerar que el concepto de kelseniano no es adecuado para dar cuenta del Estado de Derecho.

³³⁹ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., aquí pág. 31. Más adelante, al analizar la teoría del Estado ético del fascismo volverá a insistir: ‘la definición de Estado de Derecho añade ya unos contenidos determinados y unas características específicas al concepto genérico de Estado, de Estado jurídico. Podemos decir así que, aceptando momentáneamente la confusa y equívoca distinción hecha por Panunzio, que si bien todo Estado es Estado jurídico, no todo Estado es Estado de Derecho. Utilizando precisamente los términos de su recto sentido, cabe entonces dar la razón a Panunzio cuando dice que el Estado fascista es un Estado jurídico y político, o sea ético, pero no un Estado de Derecho. (aquí pág. 83). Con todo, tal y como se verá más adelante, parece que el concepto de Derecho de J. Raz es más neutral a este respecto.

³⁴⁰ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, Franz Deuticke, 1960 [trad. cast. de R. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, 15ª. reimp., México, Porrúa, 2007, por donde se cita, pp. 285 y ss.]

³⁴¹ Ya desde su *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925 [trad. al cast. de L. Legaz y Lecambra, *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, S. L., 2002, por donde se cita], sostenía Kelsen que ‘lo específico de este objeto espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas’ (pág. 22); que el concepto de Estado radica en el de las normas, que es por naturaleza un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema; y sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento de que el Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico’ (pág. 26).

³⁴² Véase: KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit. aquí pág. 308.

³⁴³ Véase: KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit. aquí pág. 315.

Sin embargo, me parece que a menudo se olvida que Kelsen necesita revisarse a la luz de la tradición de pensamiento alemán del Derecho y del Estado³⁴⁴; que su concepto sólo tiene sentido al interior de su teoría o soslayando el hecho de que tenía presente aquél otro sentido específico³⁴⁵. En efecto, a renglón seguido señala expresamente que «Estado de Derecho, *en los hechos*, suele utilizarse para designar *cierto tipo* de Estado, a saber aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica». En tal sentido, el Estado de Derecho no sería sino «un orden judicial y de la administración regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por el parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe de Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose *garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos*, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión»³⁴⁶.

Incluso entre nosotros lo anterior no es pacífico ni mucho menos. Del planteamiento de H. Kelsen, el profesor R. de Asís ha conceptualizado un modelo de Estado de Derecho –al que denomina «modelo restringido»– caracterizado por actuar

³⁴⁴ En efecto, como explica García Amado, la doctrina del Derecho público alemán estaba incardinada todavía en la llamada *Staatsrechtslehre*, la “teoría del Derecho del Estado”, y tanto Gerber, Jellinek y Laband habían hecho grandes esfuerzos por adaptar dicha teoría a los cambios históricos y al declive del anterior modelo de fuerte impronta señorial y cuasifeudal. En esencia, la transformación más importante consistía en invertir la relación que se daba entre Estado y Derecho, puesto que el primero tenía primacía ontológica y antecedía al primero en tanto entidad supra-personal, emanación y expresión de la identidad comunitaria. Es la teoría del Estado con vocación absoluta y totalizadora. Pues bien, “es en el núcleo mismo del estatismo”, escribe García Amado, “donde golpeará la teoría del Estado de Kelsen. Para quien, el Estado no es más que el reverso de un sistema jurídico. El Estado no es más que un entramado normativo-institucional constituido por el propio Derecho. El Estado no tiene sustancia propia y pre-jurídica” (p. 388). Fuera de los datos más específicos tal como su territorio o su población, del Estado sólo queda más que ideología, metafísica al servicio de una voluntad de dominación que se pretende basada en evanescentes fantasmagóricos datos pre-jurídicos.” Véase: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, en: *Id., El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 385-411, aquí pp. 387 y ss.

³⁴⁵ Sé que esto será una especie de sacrilegio, pero si intentásemos ver entre los tipos de Estado, Kelsen preferiría no en tanto científico del Derecho, donde no cabe una afirmación de este tipo sino en tanto filósofo político, parece que se decantaría por la del Estado de Derecho. A este respecto, por ejemplo, L. Legaz y Lecambra en la presentación nos dice que advertir los motivos políticos liberales de Kelsen no es difícil y que su mentalidad es típicamente liberal: su teoría del Estado, en el fondo, es teoría del *Estado de Derecho*. La afirmación anterior de que todo Estado es Estado de Derecho, según Lecambra, la hace por motivos gnoseológicos; pero queda claro que su concepción ‘nomocrática’ con la primacía del orden jurídico es igual a la idea del *imperio de la ley*. Cf. LEGAZ Y LECAMBRA, Luis, “Presentación” a Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, Madrid, Editorial Reus-Revista de Derecho Privado, reimp. 2009, aquí pág. 16.

³⁴⁶ cf. *Teoría pura del derecho*, cit. aquí pág. 315, cursivas fuera del original)

«mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente»³⁴⁷. Desde su punto de vista, dicho modelo se explica a la luz de una forma de entender la relación Poder y Derecho afirmando que se trata de realidades inescindibles y en la cual, el Derecho se tiene como técnica normativa de control social³⁴⁸. Lo interesante es que la justificación de este modelo es funcional. Tal concepción precisaría de determinados rasgos –cercaños a la moral interna del Derecho de L. Fuller– que se estiman necesarios a aquella visión del Derecho y con independencia de los *finés* que se persigan. Así entendido el Estado de Derecho no es sino la proyección de una concepción de lo jurídico que no permite especificar contenidos de justicia más allá de los ordenamientos concretos por lo que, desde aquí, podría hablarse de una ‘conexión aleatoria entre moral y Estado de Derecho’³⁴⁹. Este modelo *podría* asumir la incorporación de contenidos sustantivos al Derecho y su presencia en la Constitución problematizándolo, según de Asís, desde *esa* visión sistemática y funcional de lo jurídico en relación a la postura mantenida por Kelsen en torno a la justicia constitucional³⁵⁰. Por ello el profesor R. de Asís no comparte la afirmación, a mi modo de ver generalizada, de que en el planteamiento kelseniano se vacía de contenidos al Estado de Derecho³⁵¹.

Sea como fuere, lo importante por el momento es constatar que para conceptualizar el Estado de Derecho no basta con un sistema de mera legalidad. O si se prefiere: de un sistema de legalidad privado de contenidos materiales. Hace falta algo más. Aunque pueda y deba pensarse en el sentido sociológico ya aludido como organización que detenta el monopolio del poder, o, incluso como un Estado sujeto a normas –ya sea en sentido meramente funcional–, parece que el concepto resulta hoy incomprensible sin referencia a unos valores³⁵². De esta visión surge otra idea de

³⁴⁷ Véase: ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, aquí pág. 31 y ss.

³⁴⁸ ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, aquí pág. 45-46.

³⁴⁹ ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, aquí pág. 50.

³⁵⁰ ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, aquí pág. 52.

³⁵¹ Cf. ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, aquí pág. 53 (nota al pie núm. 110).

³⁵² Entiéndaseme bien: con ello no quiero negar la virtualidad de una aproximación ‘realista’ ‘o positivista’, al Estado de Derecho ni mucho menos. Es más, habrá ocasiones o momentos puntuales en los que el propio Derecho y el Estado de Derecho deban recurrir a una visión más realista del poder. Negar lo anterior sería no atender las propias reservas que el Derecho reconoce para el estado de excepción, cuando habilita a los poderes públicos, con las máximas reservas, para proceder a la

legalidad, la de «legalidad selectiva». Se trata de una «legalidad que no lesiona ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas o principios que *la ley no puede violar*»³⁵³. Es precisamente esta idea de legalidad selectiva la que, a mi modo de ver, permitiría identificarle. Ahora bien ¿cuáles son esos contenidos? pues bien, se trata de unos contenidos de moralidad que, básicamente –aunque no exclusivamente– se juridifican en forma de derechos fundamentales³⁵⁴. De ahí que no sea casual que distintos conceptos de Estado de Derecho se vinculen con distintas generaciones de derechos. Una vez que consideramos necesaria la presencia de derechos fundamentales para hablar de aquél surge el problema de determinar a qué derechos hacemos referencia o determinar la idea de legalidad selectiva. Ello sirve para distinguir, como señalara recientemente Francisco J. Ansuátegui, “entre un Estado que actúa meramente a través del Derecho y un Estado que actúa mediante un Derecho caracterizado por la inclusión de contenidos específicos”³⁵⁵.

1.2 CONCEPCIÓN RESTRINGIDA DE ESTADO DE DERECHO Y *RULE OF LAW*

Mediando los matices que iré introduciendo, la noción de «legalidad selectiva» que considero se adecua a las pretensiones de la idea de legalidad es la correspondiente a la tradición del Estado de Derecho (liberal). Incluso, si se me apura un poco más, creo que se entiende mejor si se tiene presente la influencia anglosajona del *Rule of Law*³⁵⁶.

suspensión de algún elemento clave de la definición de aquél. En los casos más extremos incluso los propios derechos y libertades fundamentales. Sobre ésta y otras cuestiones véase: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Madrid, Dykinson-IDHBC, 1997, pp. 5 y ss.

³⁵³ Véase: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema*, núm. 138, 1997, pp 101-117, aquí pág. 102. (cursivas mías).

³⁵⁴ Véase: ANSUÁTEGUI ROÍG, Francisco Javier, “Definiciones del Estado de Derecho y derechos fundamentales”, *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 91-119, aquí pág. 105.

³⁵⁵ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho.*, cit., aquí pág. 119.

³⁵⁶ La formulación clásica del *Rule of Law* suele remontarse a A. V. Dicey [*Introduction to the study of the law of the constitution* (1885), 10ª ed., con introducción de E. C. Wade, London, Macmillan, 1979, por donde se cita]. Desde entonces suele atribuirse tres significados a la idea (cf. , pp. 202-203). En primer lugar, implica la supremacía o predominio del derecho común en oposición a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de arbitrariedades, prerrogativas y hasta de una amplia autoridad discrecional por parte del Estado. El inglés, señala, es gobernado por la ley y solamente por ella; un hombre entre nosotros sólo puede ser castigado por una infracción a la ley pero no puede ser castigado por nada más. En segundo lugar, significa igualdad ante la ley o igual sujeción a toda clase de ley nacional ordinaria administrada por los tribunales ordinarios; el *Rule of Law* en este sentido

De modo muy genérico, dicha tradición se refiere a un sistema donde la actividad del gobierno y la autoridad está *limitada* por el Derecho y el respeto al Derecho, en contraposición al gobierno arbitrario. Los países así gobernados dividen los poderes del gobierno en distintas ramas, se atrincheran libertades civiles (notablemente, el debido proceso legal y la igual protección ante la ley) tras murallas constitucionales y se aseguran la transferencia ordenada y pacífica del poder político a través de comicios transparentes³⁵⁷. Lo que me gustaría intentar demostrar aquí es que, en el ámbito continental, estimo, tales consideraciones serían asumidas por quienes defienden una noción de Estado de Derecho *sin adjetivos*, vinculado a la noción de autonomía personal³⁵⁸; con una fórmula que, sin duda, remite a los orígenes del constitucionalismo.

El problema que presenta este punto de partida pasa en primer término por intentar adaptar la impronta del constitucionalismo inglés articulado en clave historicista y jurisprudencial³⁵⁹. Como sabemos, la identidad histórico-política del modelo inglés está basada en la imagen de continuidad entre libertades medievales y modernas. Por fuerza de la tradición, la libertad entendida como autonomía –como seguridad personal, gestada durante la Edad Media– se vuelve indisponible al poder político. Este sería su punto de origen, de las reglas que componen el *due process of law*, de aquéllas reglas que, por ejemplo, han de observarse para poder estimar legítima la privación de la libertad de un individuo. Son los jueces quienes encarnan

excluye la idea de cualquier exención de los funcionarios u otras personas del deber de obediencia al Derecho que gobierna a otros ciudadanos o de la jurisdicción de los tribunales ordinarios. El tercer elemento de la formulación de Dicey fue que el *Rule of Law* expresa, ante todo, el hecho de que una constitución es el resultado de la *ordinary law of the land* (cf. pág. 198). Véase también: CLAVERO, Bartolomé, “Imperio de la ley, regla de derecho y tópica de la constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, 41-78, esp. pp. 43 y ss.

³⁵⁷ Tomo la definición de: BEDAU, Hugo A., “Rule of Law”, en: T. Hoenderich (ed.), *The Oxford Guide of Philosophy*, Oxford, OUP, 2005, aquí pág. 824.

³⁵⁸ Las exigencias del *Rule of Law*, dice R. De Asís, se justifican desde la atención a la autonomía individual. Es decir, en realidad, participa del mismo marco moral que se toma como referencia en la perspectiva europeo continental. (ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, cit., aquí pp. 38-39.). En este sentido, es claro ejemplo en España, LAPORTA, Francisco, “Imperio de la ley. Apuntes sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *Doxa*, núm. 15-16, vol. I, 1994, pp. 133-145, aquí pág. 135.

³⁵⁹ Véanse, por ejemplo: MATEUCCI, Nicola, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, UTED, 1976 [trad. cast. de F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta-Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 1998, por donde se cita, aquí esp. caps. IV-VI], pp. 43-159; DORADO PORRAS, Javier, *La lucha por la constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVI*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, Madrid, CEPC, 2001, *passim*.

el factor de unidad al reconstruir el Derecho común inglés, la ley del país, y la jurisprudencia el instrumento principal de elaboración de las reglas de tutela de libertades, que acompañan su gradual evolución desde reglas puramente privadas de garantía de *dominium*, de bienes, hasta unas reglas *cuasi-constitucionales* de verdadera y propia tutela de las esferas personales, en el sentido moderno de las libertades negativas³⁶⁰.

Es ahí donde se afirma la creencia de que existe un núcleo duro de derechos de los que no puede disponer el poder político, esto es, «la idea de que los actos irracionales y arbitrarios del legislador no pueden lesionar los derechos adquiridos de los *Englishmen*»³⁶¹. Tal es el sustrato ideológico y político de quienes defienden una visión cercana al Estado de Derecho como *Rule of Law* y que, en la articulación de sus fundamentos como en sus desarrollos, no es equiparable a sus manifestaciones en la Europa continental³⁶². Y no lo es, fundamentalmente, porque la última se dirigió hacia un «legicentrismo» que culmina la tradición del Estado absoluto, de la centralización del poder, atribuyéndole al legislador la potestad soberana de la ordenación general³⁶³. Lo anterior como consecuencia de la primacía de la ley como expresión de la voluntad general, de un poder estatal soberano, que viene a señalar –

³⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, [trad. cast. M. Martínez Neira, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 4ª. ed., Madrid, Trotta, 2003, pp. 26-35, aquí pág. 33] Este sería la segunda tradición de justificación del Rule of Law en la presentación de J. Raz. Esto es, en tanto enfoque orientado a la tradición donde se destacan aquellos aspectos del Rule of Law que “dependen de un poder judicial fuerte e independiente, al cual se confía la responsabilidad principal de controlar y dar forma al desarrollo del derecho. Según este enfoque, el derecho consuetudinario –v. g. El Derecho en tanto una serie de prácticas judiciales que han evolucionado durante un determinado lapso y ha soportado la prueba del tiempo- constituyen la manifestación más pura del Estado de Derecho”. Véase: Raz, Joseph, “The politics of Rule of Law”, *Ratio Juris*, núm. 3, 1990, pp. 331-339 [trad. cast. de M. L. Melon “La política en el Estado de Derecho”, en: *Id.*, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 395-404, por donde se cita, aquí pág. 396]; en sentido similar: R. de ASÍS (*Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, cit., aquí pág. 38) señala: la construcción del *Rule of Law* se caracteriza por la primacía de los derechos y por la identificación judicial del Derecho.

³⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*. cit., aquí pág. 33.

³⁶² Como explica BARATTA, Alessandro (“El Estado de Derecho. Historia del concepto y su problemática actual”, cit. aquí pág. 16), si bien el concepto alemán de Estado de Derecho absorbe la idea de la ‘Rule of Law’ y de la ‘separation des pouvoirs’ se realiza aquí una especie de unión hipostática ideológica y una abstracción conceptual, mediante la cual estos elementos pierden en buena parte su significado y alcance originario.

³⁶³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992 [trad. al cast. de M. Gascón Abellán, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (epílogo de G. Peces-Barba), Madrid, Trotta, 1995, por donde se cita, aquí pp. 24-27]. Un libro que, además de aunar claridad y belleza, explica estupendamente tal proceso es el de: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, (Discurso de Ingreso a la Real Academia Española), Alianza Editorial, Madrid, 1996.

en este contexto— la derrota de las tradiciones jurídicas del absolutismo y del *Ancien Regime*³⁶⁴. Posteriormente, su mera condición de validez presupuso la reducción del Derecho, de todo el Derecho, a la ley y la exclusión o, al menos, la sumisión a la ley de todas las otras fuentes del Derecho³⁶⁵. La diferencia, me parece, es de primer orden.

Para ejemplificar lo anteriormente señalado utilizaré el planteamiento de Hayek. Como se sabe, para este autor el *Rule of Law* significa que el Estado:

«está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento. Aunque este ideal nunca puede alcanzarse plenamente, porque los legisladores, como aquellos a quienes se confía la administración de la ley, son hombres falibles, queda suficientemente clara la cuestión esencial: que debe reducirse todo lo posible la discreción concedida a los órganos ejecutivos dotados de poder coercitivo. Aun cuando toda ley restringe hasta cierto punto la libertad individual alterando los medios que la gente puede utilizar en la consecución de sus fines, bajo la supremacía de la ley le está prohibido al Estado paralizar por una acción *ad hoc* los esfuerzos individuales. Dentro de las reglas del juego conocidas, el individuo es libre para procurarse fines y deseos personales, seguro de que los poderes del Estado no se usarán deliberadamente para frustrar sus esfuerzos»³⁶⁶.

Hayek restringe la legislación a una «especie de normas generales que se conoce por ley formal, y excluye la legislación dirigida directamente a personas en

³⁶⁴ Cuando digo en este contexto, tengo presente que la lucha por el poder Estatal en Inglaterra ‘tiene lugar entre el monarca y el Parlamento y no —como sucede en el continente europeo— entre el rey y muchos otros poderes intermedios rivales entre sí’. Véanse: BENZ, Arthur, *El Estado moderno*, cit., aquí pág. 75 y ss.; DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 37 y ss.

³⁶⁵ TRIOLO, Lucia, *Legalismo e legalità*, Torino, Giappichelli Editore, 2000, aquí pág. 20.

³⁶⁶ HAYEK, Friedrich A., *The Road of Serfdom*, Routledge Press, London, 1944 [trad. al cast. de J. Vergara Dorcel, *Camino de servidumbre*, San José, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1986, por donde se cita, aquí pp. 103-104, cursivas mías.]. En sentido similar, para RAZ, Joseph [“The Rule of Law and its virtue”, *The Law Quarterly Review*, vol. 93, 1977 (cito por la trad. al cast. de R. Tamayo y Salmorán, “El Estado de derecho y su virtud”, *Íd., La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, IJJ-UNAM, 2ª. ed., 1982, pp. 263-285, aquí pág. 264)] el Estado de Derecho ‘es un ideal político que del que un sistema jurídico puede poseer en mayor o en menor grado; siendo una de las virtudes que un orden jurídico puede poseer y por la que se puede ser juzgado. No se debe confundir con la democracia, justicia, igualdad (ante el derecho o de otra manera), ni con derechos humanos de cualquier tipo ni con el respeto por las personas o por la dignidad del hombre.

particular o a facultar a alguien en el uso del poder coercitivo del Estado con miras a esa discriminación. Significa, no que todo sea regulado, sino, contrariamente, que el poder coercitivo del Estado sólo puede usarse en casos definidos de antemano por la ley, y de tal manera que puede preverse cómo será usado»³⁶⁷. Como puede apreciarse, este planteamiento expresa una idea de «legalidad selectiva» basada en un fuerte compromiso con la defensa de la libertad individual, de la libertad negativa³⁶⁸. Esta constituye, en efecto, «lo que más propiamente puede considerarse como principio moral para la libertad política»³⁶⁹. Por ello –siempre desde el punto de vista del austriaco–, importa relativamente poco si aquellas notas se establecen por una Carta de derechos, un Código constitucional o por una firme tradición. Lo relevante cualquier caso «es la admisión de limitaciones de poderes legislativos que implica el reconocimiento del derecho inalienable del individuo, de los *derechos inviolables* del hombre»³⁷⁰.

Independientemente de que más adelante volvamos a este autor, obsérvese que Hayek incluye derechos en su definición. En sus escritos afirma sin ambages que «el *Rule of Law* corresponde a lo que en Alemania se llama *materieller Rechtsstaat* distinto del simple *formalle Rechtsstaat*, que sólo requiere que el acto de gobierno sea autorizado por la legislación»³⁷¹. No obstante, considero que la denominación «formal» es equívoca en varios sentidos. En el caso del *Rechtsstaat* se olvida o se omite el hecho de que en sus primeras formulaciones se refería al «Estado racional» cuya razón de ser radicaba en la garantía de libertad y propiedad de los ciudadanos³⁷².

³⁶⁷ HAYEK, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, cit., aquí pág. 116.

³⁶⁸ La libertad individual para Hayek corresponde con la libertad en sentido negativo: ‘para los grandes apóstoles de la libertad política –escribe– la palabra había significado libertad frente a la coerción, libertad frente al poder arbitrario de otros hombres, supresión de los lazos que impiden al individuo toda elección y le obligan a obedecer las órdenes de quien está sujeto’. (Cf. *Camino de servidumbre*, cit., aquí pág. 53)

³⁶⁹ Véase: HAYEK, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 8ª. ed., 2008, aquí pág. 101.

³⁷⁰ Cf. HAYEK, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, cit., aquí pág. 117.

³⁷¹ Véase: “The Principles of a Social Liberal Order”, *Il Politico*, 1966 [tiene trad. al cast. *Principios de un orden social liberal*, y otros ensayos, 2ª ed., ampliada, Madrid, Unión Editorial, 2010, pp. 25-53, por donde se cita, aquí pág. 33]

³⁷² Cf. HEUSCHLING, Luc, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, cit., aquí pág. 44. O como señala el profesor Pérez-Luño para quien la propia noción de Estado de Derecho: “representó en sus prístinas manifestaciones en la experiencia histórica y doctrinal germana, la búsqueda de un ‘ideal institucional’ (*institutionelles Ideal*) o de una ‘realidad espiritual’ (*geistige Wirklichkeit*), dirigida a proteger al ciudadano con su libertad, sus valores, así como sus derechos innatos y adquiridos frente al peligro de los eventuales abusos por parte de los detentadores del poder político. Véase: PÉREZ-LUÑO, Antonio

Es decir, no se dejaba reducir a esa dicotomía material/formal. Sólo posteriormente, cuando se eliminaron todas las ideas procedentes de la teoría del Estado o sus elementos finalistas, comenzó la ya aludida «reducción positivista»³⁷³, y que para G. Peces-Barba no se trata sino de «una interpretación exagerada y ampliada de la separación entre Derecho y moral que fue vaciando el Derecho positivo de sus dimensiones morales y conservando sólo las estructuras formales de órgano productor y del procedimiento para producir la norma»³⁷⁴. Reducción que se consumó al rechazar «categóricamente toda limitación de la omnipotencia jurídica del legislador, [cuando] la referencia de la ley a la razón, que en el concepto temprano de Estado de Derecho constituía la legitimación interna del ‘imperio de la ley’, se convierte en una categoría metajurídica»³⁷⁵.

Me parece que con lo ya mencionado se enfatiza la idea según la cual el concepto de Estado de Derecho no se comprende cabalmente sin derechos. De ahí que la connotación «formal» no signifique, insisto, al menos no aquí, no comprometido moral o políticamente. Considero que la ambigüedad de la expresión «formal» aplicada al Estado de Derecho podría parecer que remite necesariamente a un *approach* positivista escéptico. Pero ello no tiene por qué ser así. Esto puede verse, por ejemplo, en una aproximación que a menudo se toma como referencia de una idea de justicia como legalidad y en la literatura del Estado de Derecho. Me refiero a la obra L. L. Fuller que aunque ‘formalista’ no comparte la metodología positivista. Este autor, incluso, es más recordado por la polémica que mantuvo con H. L. A. Hart a propósito de su *sui generis* concepción de lo jurídico³⁷⁶. En cualquier caso, lo que interesa destacar aquí es que los requerimientos del *Rule of Law* se identifican muy a

Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 5ª ed., 1995, aquí pág. 213.

³⁷³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, *Id., Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de A. Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pp. 17-45, aquí pág. 22.

³⁷⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Diez lecciones de Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010, aquí pág. 28.

³⁷⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, *cit.*, pág. 30

³⁷⁶ Véase, por ejemplo, la recensión de éste último a aquél en: “The Morality of Law”, *Harvard Law Review*, núm. 78, 1964-1965, pp. 1281-1296. Como señala R. De Asís, mientras que las concepciones funcionales manearían un concepto de Estado de Derecho en el que su conexión con la moral es aleatoria; las aproximaciones finalistas, esa conexión es cierta. Véase: ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, *cit.*, aquí pág. 27.

menudo con los principios que conforman la llamada «moral interna del Derecho». Tales principios expresan según Fuller «una moral de aspiración», «clases de excelencia legal a las cuales *debe* tender todo el Derecho». Tienen un sentido finalista que difícilmente encuadran en la lógica positivista³⁷⁷.

Precisamente por ello, y para referirse a la proyección del ideal del imperio de la ley en un determinado sistema jurídico, se ha sugerido la noción de «justicia como regularidad» en lugar del de «justicia formal». Tal vez con ella se pretende no confundir la vinculación a lo formal del Estado de Derecho con falta de contenidos o, mejor dicho, con falta de derechos³⁷⁸. En realidad, como explica Rawls, la legalidad, la administración regular e imparcial de la ley, establece una base para las legítimas expectativas; constituye «un motivo por los que las personas confían unas en otras y ejercen sus derechos cuando sus expectativas no se cumplen. Si las bases de estas exigencias son *inseguras*, también lo son los límites de las *libertades humanas*»³⁷⁹. En el mismo sentido, sirve para destacar el hecho de que el Estado de Derecho sobrepasa el requisito de sujeción del gobierno a la ley o, mejor aún, su reducción a ésta. Es una noción más amplia³⁸⁰. No se trata pues de *un* principio sino de *un conjunto* de

³⁷⁷ Véase: FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven-London, 1964 [tiene trad. al cast. de F. Navarro, *La moral del Derecho*, Trillas, México, 1967, por donde se cita, aquí pág. 51]. Pero una cosa es lo anterior y otra, evidentemente, los desarrollos que admita una obra. Sin ir más lejos, dos trabajos de teoría del Derecho realizados entre nosotros, es decir, dentro de la escuela de pensamiento del profesor G. Peces-Barba, uno cercano a Hart y otro a Kelsen, toman como punto de referencia la obra de Fuller para construcciones positivistas. El primero de R. Escudero (Véase: *Positivismo y moral interna del Derecho*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, Madrid, CEPC, 2000) defiende la compatibilidad de las tesis de Fuller y Hart en base a que a este último defendería algo parecido –la idea de legalidad– de aquél. El segundo de P. Cuenca (Véase: *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Dykinson, 2000) que desarrolla las tesis del prof. R. De Asís ya mencionadas, se defiende, desde unos presupuestos sistemáticos y funcionales, la importancia de los contenidos materiales para la validez jurídica. Aquí la moral interna del Derecho *desprovista de su sentido finalista* sirven para sostener tal propuesta en clave positivista.

³⁷⁸ Esta es la segunda justificación del Estado del Rule of Law a la que alude Raz; es decir, el que “lo considera como un presupuesto de la justicia formal. Lo denominaré ‘justicia dentro de un argumento de modelo burocrático de Estado de derecho’. RAZ, Joseph, “La política en el Estado de Derecho”, cit., aquí pág. 396.

³⁷⁹ RAWLS, Jonh, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Havard University Press, 1971 [trad. cast. de M. Dolores González, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 6ª. reimp., 2006, por donde se cita, aquí pág. 222]

³⁸⁰ Según F. Laporta (“Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 133-145, aquí pág. 134) en un trabajo dedicado al tema nos dice que: “se trata de un imperativo ético; es decir no es una propiedad del Derecho, algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico, algo que nace ya con la mera norma jurídica, sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo; o dicho en términos familiares, que no se refiere al derecho que ‘es’ sino al derecho que debe ser’. *No se realiza pues en la mera legalidad*”.

principios³⁸¹. Se trata de un complejo diseño jurídico e institucional de protección de los individuos contra el poder arbitrario del Estado; para la tutela de su vida y propiedad frente a las infracciones o ataques de sus conciudadanos [*Umbrella-Concept*]³⁸².

No pasa desapercibida tampoco la estrecha vinculación de este concepto con la libertad. El Estado de Derecho «está directamente unido a la libertad. Podemos verlo considerado como la noción de un sistema jurídico y su íntima conexión con los preceptos de la justicia como regularidad»³⁸³. Tanto en sus fines como en su desarrollo histórico, es dentro del liberalismo político donde adquiere mayor sentido³⁸⁴. Entre nosotros, me parece que tal postura es defendida por E. Fernández quien desde un neo-contractualismo cercano a Rawls así lo ha caracterizado³⁸⁵. Para él, el Estado de Derecho se identifica con una modalidad de ley que cuenta con el consentimiento de los gobernados y, en un momento posterior, con su participación, que precisa de un sistema político con división de poderes y sistemas de controles que garantiza unos derechos y libertades fundamentales. Resalta el hecho de que el proceso histórico hacia la construcción del Estado de Derecho corra a la par de las declaraciones de derechos y a una configuración democrática de la sociedad; se trata, nos dice, de un «proceso paralelo al liberalismo político»³⁸⁶.

³⁸¹ Cf. TRIOLO, Lucia, *Legalismo e legalità*, cit. aquí pág. 14.

³⁸² Así lo denomina: BEDNER, Adrian, “An Elementary Approach to the Rule of Law”, *Hague Journal on the Rule of Law*, núm. 2, 2000, pp. 48-74, aquí pág. 50.; Para Raz, en efecto, el *Rule of Law* consiste: “en una cantidad de principios, tales como el de nulla poena sine lege; la obligación de que las nuevas leyes sean publicadas, sean razonablemente claras y tengan efectos a futuro; la obligación de que las sentencias judiciales se ajusten a derecho, se emitan tras una audiencia justa y pública por un tribunal independiente e imparcial, estén fundamentadas y que el público tenga acceso; y algunas otras”.

³⁸³ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, cit., pág. 222.

³⁸⁴ Con todo, como gusta advertir siempre al profesor E. Díaz, es dentro del liberalismo donde encontramos las primeras manifestaciones del Estado de Derecho. No obstante la virtualidad del mismo es, desde sus inicios, “potencialmente democrático, que ha ido construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad”. Es decir, que el Estado de Derecho responde históricamente a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como a la protección de otras valiosas libertades (de religión, de pensamiento, expresión, etc.) que no pueden prescindir tampoco – por coherencia interna- de una cierta referencia inicial a algún tipo de igualdad real, (socio-económica, cultural, etc.). Situadas en esas coordenadas básicamente liberales pero incoactivamente y potencialmente democráticas”. Véase: Díaz, Elías, “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, en: J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 17-40, aquí pág. 21.

³⁸⁵ Véase: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales”, en *Íd.*, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 127-173.

³⁸⁶ Cf. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, cit., aquí pág. 102.

1.3 DOS DERIVAS DE LA CONCEPCIÓN RESTRINGIDA: LA RACIONALISTA Y LA CONSERVADORA

Llegados a este punto, merecen la pena dos acotaciones sobre las que pueden denominarse como las derivas racionalista y conservadora de la idea de Estado de Derecho que aquí se viene esbozando. En el primero de los casos, se trata abordar el papel que juega el «sistema jurídico» cuando se habla del Estado de Derecho. Desde ya puede adelantarse que con ello se resalta su afinidad con el iusnaturalismo de corte racionalista y la codificación; o mejor dicho, a los movimientos codificadores desarrollados bajo su influencia³⁸⁷. En el segundo de los casos, es volver a la noción de libertad que se vincula al Estado de derecho para intentar bosquejar su deriva conservadora. Esto nos resultará fundamental porque, una vez que hemos aproximándonos a los elementos de la noción, nos permitirá intentar clarificar el núcleo de la noción de legalidad selectiva defendida desde aquí, lo que, desde mi punto de vista, significa tanto como incidir en la noción de libertad o en el liberalismo que le subyace. Por lo pronto hay que ver con más detalle la vinculación de la noción de sistema con la de Estado de Derecho para posteriormente incidir en aquél otro aspecto.

Como se sabe, las aproximaciones racionalistas al Derecho (y al Estado) ven en la sistematización *la* vía para dotarlo de mayor rigor, para depurar nuestro conocimiento de él. Aunque se piense que ello sea una empresa con fines claramente epistemológicos, totalmente alejado de querellas políticas o morales, lo cierto es que no es así exactamente. Para comprender esto, hay que tener presente varias cosas. En primer término que cuando se habla aquí de «sistemas», se habla en un sentido lógico-formal o, lo que es lo mismo, de «sistemas deductivos». Dichos sistemas se caracterizan por poseer algunos rasgos comunes: parten de principios evidentes, que son principios de Derecho natural; son desarrollos deductivos de esos principios —o pretenden serlo—. Es una empresa ideal en la medida en que *no pretende describir* las

³⁸⁷ Sobre este punto, véase: ALCHOURRÓN, Carlos E., y BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, (Library of Exact Philosophy, v. 5), Springer, Verlag-Wien, 1971, [trad. cast. de los propios autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 5ª reimp., 2006, por donde se cita, aquí pág. 90]

reglas efectivamente vigentes en la sociedad, sino las reglas ideales, que de acuerdo con los principios de Derecho natural, *deben regir*³⁸⁸. Esta aproximación va acompañada de cierta vocación científicista que, cuando se ha llevado hasta sus últimas consecuencias, suple el lenguaje natural en el que generalmente se expresa el Derecho –con su inherente vaguedad– por algún metalenguaje o lenguaje artificial que lo dote de objetividad y permita acercarse a él desde un punto de vista lógico-formal. El mayor problema de tal empresa, en cualquier caso, consiste en dotarse de algún criterio que permita verificar sus aserciones; esto es, está en busca del criterio de verdad que posibilite tal aproximación cuando no construir una lógica de normas.

Ahora bien, adviértase que pone en duda que la aproximación sistemática sea, en estricto sentido, neutral o avalorativa. Más aún cuando la misma también *suele* cimentarse, aunque no siempre se reconozca, en ciertos principios jurídico-políticos³⁸⁹. En efecto, como señala C. Alchourrón, la aproximación sistemática al Derecho se funda en principios que apelan a la separación de poderes y, de modo más concreto, a la separación del poder legislativo, –cuya función consiste en especificar reglas generales– del poder judicial –cuya función consiste en resolver casos particulares de acuerdo con reglas promulgadas por el legislador–. Entre las razones que suelen esgrimirse encontramos tres argumentos básicos. El primero es el de la igualdad formal: cuando los jueces se limitan a aplicar las reglas generales promulgadas por el legislador, todos los casos del mismo tipo recibirán la misma solución. El segundo es el democrático: en los países donde los miembros se eligen democráticamente, lo que usualmente no ocurre con los miembros de la judicatura, una separación permite el control democrático del modo de resolver los desacuerdos entre los miembros de la comunidad. El tercero es, como ya se ha ido adelantando, el argumento de la certeza y la seguridad: sólo por medio de una estricta división de poderes la gente está en condiciones de conocer sus derechos y obligaciones *por anticipado* respecto de la decisiones judiciales³⁹⁰.

³⁸⁸ ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología*, cit. aquí pág. 89.

³⁸⁹ Estoy tomando como base la exposición que hace C. Alchourrón de lo que el denomina “sistema maestro” y su aplicación a la ciencia jurídica. ALCHOURRÓN, Carlos E., “Sobre derecho y lógica”, trad. de J. L. Rodríguez, *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 11-33, pág. 11 y ss. Véase también el prólogo de E. Bulygin al libro de RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, C.E.P.C. 2002, aquí pág. X.

³⁹⁰ Cf. ALCHOURRÓN, Carlos E., “Sobre derecho y lógica”, cit., aquí pp. 16-17.

Aquí se aprecia un punto importante en relación con el ideal del Estado de Derecho: si su finalidad es la previsibilidad, la certeza, ¿qué mayor garantía que un sistema *more geométrico*; que, como sistema ideal, es puramente racional? Pues bien, tomar al pie de la letra tal invitación puede derivar en la llamada «ilusión racionalista»³⁹¹. Es decir, en aquella ilusión que se alimenta de creer que dicho ideal se ve concretado en alguno o en todos los sistemas normativos (entre ellos los jurídicos). Pero no sólo ello. Hay un segundo tipo de problemas, más interesantes a nuestro propósito, que tienen que ver con el ideal en sí mismo. Esos problemas radican en la pretensión de maximizar sus exigencias, concretamente el de la máxima objetividad que se manifiesta, por ejemplo, *estatizando* una práctica también *dinámica* y, sobre todo, compleja³⁹². La ilusión racionalista se consume cuando creemos que no hay más ideales u objetivos que *la razón*. En no reconocer la existencia de otros que apuntan a otras direcciones; puesto que la máxima objetividad no puede hacerse sino a costa de abandonar otros fines políticos. Con todo, no puede decirse que estemos ante una empresa vana o incluso abandonada.

Por lo pronto, aquella última referencia servirá para articular la que puede denominarse deriva conservadora de la noción. Ya hemos visto que el Estado de Derecho está estrechamente unida a la de libertad entendida como ámbitos de inmunidad de los individuos respecto del poder. Pues bien, si la deriva sistemática o racionalista consiste en la pretensión de objetivar al máximo su conocimiento cuanto su funcionamiento, predicando de él propiedades ideales que debiera poseer a costa de otros; la deriva conservadora consiste en maximizar la libertad entendida como ausencia de coerción. Ambas plantean el problema de que, vistos desde tal prisma, la noción de Estado de Derecho puede prescindir o, mejor dicho, no le resulta necesario establecer puente alguno con la idea de auto-gobierno que también está en la raíz misma de idea de autonomía. La cuestión no es la primacía de la libertad en el ámbito político que, desde este punto de vista, me parece que está fuera de toda duda. El problema es su presentación o el grado en que se propugna. Pues bien, en algún extremo se postula como criterio *absoluto* de corrección ya no sólo política sino

³⁹¹ Cf. ALCHOURRÓN, Carlos E., “Sobre derecho y lógica”, cit., aquí pág. 21.

³⁹² En este sentido, por ejemplo: MACCORMICK, D. Neil, “Retórica y Estado de Derecho”, trad. de I. Lifante, *Isegoria*, núm. 21, 1999, pp. 5-21, aquí pág. 21.

moral. Cuando esto ocurre se hacen más patentes los problemas anteriormente mencionados así como su deriva conservadora.

La pregunta es ¿cómo podemos entender el adjetivo conservador aquí? Desde mi punto de vista en dos sentidos básicamente. En primer término –que podríamos llamar moral– sería conservador porque su defensa obedece, o se inserta, en una determinada concepción de las normas y las instituciones sociales que consiste en preservar lo que se ha conformado según la tradición o costumbre³⁹³. Estamos nuevamente dentro del planteamiento de Hayek para quien, por así decir, «la corrección» de los derechos y del Estado de Derecho radica en que se «auto-generaron»; en que son producto de una evolución más que de un diseño humano³⁹⁴. Ello quiere decir que su legitimidad o autoridad no deriva de acto alguno –no existe «voluntad soberana» que los «ponga»– sino del hecho de ser el resultado de un *orden espontáneo*, de un orden natural. En palabras de J. Shklar: «el derecho para ser tal habría de articular simplemente aquellas normas que son inmanentes a la sociedad; de lo contrario, se transformará en imposición destructora. Aunque la libertad es claramente la finalidad de esa previsión, esa una finalidad profundamente conservadora, pues lo natural es lo que prevalece»³⁹⁵. De ahí que se diga con pleno

³⁹³ En realidad esta afirmación puede matizarse. En un trabajo (HAYEK, Friedrich A., “Por qué no soy conservador”, en: *Íd., Principios de un orden social liberal*, cit., pp. 103-129, aquí 104-105) dedicado a este punto, menciona que el problema ha derivado de que los radicales y socialistas norteamericanos comenzaron a atribuirse el apelativo ‘liberal’. Explica en su distinción que lo típico del conservador es el temor a la mutación, el miedo a lo nuevo simplemente por ser nuevo. La –auténtica– postura liberal, por el contrario es abierta y confiada, atrayéndole, en principio, todo lo que sea libre transformación y evolución. De la misma forma, el conservador presenta cierta afición al autoritarismo: para ellos el orden es fruto de la permanente atención y vigilancia ejercida por aquellas (pág. 110). Les falta, en suma, comprender mecanismos del tipo mano invisible como el que autorregula las fuerzas que regulan el mercado.

³⁹⁴ En efecto, en su planteamiento juega un papel central la idea de órdenes espontáneos y con él se articula su concepción de las normas. Como señala en *Law, Legislation and Liberty*, 3 vols., (1973) [tiene trad. al cast. “Normas y Orden” en: *Íd., Derecho, legislación y libertad. Una nueva reformulación de los principios liberales de la justicia y la economía política*, Madrid, Unión Editorial, 2006, por donde se cita, aquí pp. 31-32] una de sus tesis principales es ‘que la mayor parte de las normas de conducta que regulan nuestros actos, así como de las instituciones nacidas de dicha regulación, son adaptaciones a la imposibilidad de que alguien tome conciencia de todos los hechos particulares que integran el orden social’. [L]a justicia sólo es posible sobre la base de esta necesaria limitación de nuestro conocimiento factual, y que esta visión de la naturaleza de la justicia es por tanto totalmente ajena a todos aquellos constructivistas que suelen argumentar basándose en el supuesto de la omisciencia’. Las normas, por ello, ‘no han surgido como condiciones reconocidas para alcanzar un objetivo conocido, sino que se han formado porque los grupos que las practicaron tuvieron más éxito que otros a los que desplazaron. Eran normas que, dado el medio en que el hombre vivía, aseguraron la supervivencia de un mayor número de los grupos o individuos que las practicaron’ (aquí pág. 36).

³⁹⁵ SHKLAR, Judith, *Legalismo.*, citado., aquí pág. 38.

sentido que Hayek puede tenerse como teórico del Derecho natural³⁹⁶. Lo que hace es *echar mano* de un recurso socorrido en economía para explicar el Derecho y las instituciones sociales, entre ellas obviamente la que nos ocupa, como lo es la «mano invisible»³⁹⁷.

El adjetivo conservador, por otro lado, resulta adecuado también por su marcado énfasis económico, por el nexo constitutivo que se establece entre propiedad y libertad³⁹⁸. El Estado de Derecho, las restricciones a los poderes del gobierno, originadas exclusivamente en la desconfianza hacia la autoridad arbitraria, se ve como *la causa de la prosperidad económica*³⁹⁹. La libertad como ausencia de coerción encontraría su campo más abonado en y para el mercado. De ahí que la función del Estado se constriña a la imposición de normas generales de conducta. Este es el único fin al que puede servir el gobierno. O lo que es lo mismo: «el gobierno no puede utilizar a la persona, ni a su propiedad, para el alcance de objetivos propios»⁴⁰⁰. Ello se va a manifestar, entre otras cosas, en una negativa tajante a cualquier función redistributiva a cargo de aquél⁴⁰¹. Así, la defensa del Estado de Derecho se realiza asumiendo que la única función del sistema jurídico radica en proporcionar la certeza que el mercado –una de las máximas expresiones de la mano invisible–

³⁹⁶ Sobre este punto, por ejemplo, véase: ANGNER, Erik, *Hayek and Natural Law*, London-NewYork, Routledge, 2007, pp. 6 y ss

³⁹⁷ Una explicación sencilla de este punto que, como se sabe, remite a A. Smith la podemos encontrar en: MACCORMICK, D. Neil, “Spontaneous Order and Rule of Law”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 35, 1985, pp. 65-70 [tiene trad. al cast. de F. Laporta, “Orden espontáneo e imperio de la ley. Algunos problemas”, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 309-327, por donde se cita, aquí pp. 314 y ss.] Los mercados –escribió el célebre economista– “son lugares donde la gente, usando información, conocimiento y habilidades para sus propios propósitos, los hacen necesariamente accesibles para otros con otros propósitos, adquiriendo así todos los participantes nuevos conocimientos, incluido el conocimiento de lo que son vías poco provechosas de seguir. Tienen la curiosa propiedad de recompensar mejor a cualquiera que pueda ofrecer una mercancía dada al precio más bajo, tendiendo a coordinar los intereses públicos y los privados, aunque nadie haya proyectado que deba ser así”.

³⁹⁸ Por ejemplo, cuando escribe que sin libertad en materia económica ‘jamás existió libertad personal ni política’. (Cf. *Camino de servidumbre*, cit., aquí pág. 40). “La propiedad, en el amplio sentido en que se usa para incluir no sólo las cosas materiales, sino también, siguiendo a Locke, ‘la vida, la libertad y las pertenencias de todo individuo’, es la única solución hasta ahora descubierta para conciliar el problema de la libertad individual con la ausencia de conflictos. Derecho, libertad y propiedad forman una trinidad inseparable”. (Véase: *Derecho, legislación y libertad*., cit., pág. 138)

³⁹⁹ Véase: HAYEK, Friedrich A., “Liberalismo”, en: *Íd.*, *Principios de un orden social liberal*, cit., pp. 55-98, esp. pp. 59 y ss.

⁴⁰⁰ HAYEK, Friedrich A., “Liberalismo”, cit, aquí pág. 75.

⁴⁰¹ HAYEK, Friedrich A., *Principios de un orden social liberal*, cit., aquí pág. 28

supuestamente únicamente requeriría⁴⁰². Sin la existencia de unas reglas e instituciones éste simple y llanamente no puede existir. Resumiendo: el énfasis en el Estado de Derecho en su deriva conservadora se convierte en programa un de acción para que países adopten instituciones de mercado, que generen un ambiente propicio para los negocios y, sobre todo, que garanticen la propiedad privada⁴⁰³. Son los dominios del «liberalismo conservador».

Dos órdenes de consideraciones resultan aquí oportunas. Hay que enfatizar que este autor se ocupa de una forma específica, de una manifestación concreta, de la empresa de limitar el poder. En otras palabras, se ocupa de su manifestación en una cultura jurídico-política determinada. Por ello, estimo, la explicación que ofrece en clave de mano invisible encuentra algún asidero en la raigambre historicista del Derecho inglés. Esto apenas puede negarse, pero no es menos cierto que plantea algunos problemas⁴⁰⁴. Más importante, sin embargo, es el hecho de que Hayek haya condenado otros planteamientos, formulando objeciones metodológicas y de principio por no ajustarse a su visión de las normas y las instituciones sociales. En efecto, por lo que se refiere al método, se opuso tanto a las teorías del contrato social cuanto a las teorías positivistas del Derecho por considerar que –ya por voluntaristas, ya por reformistas– caen en el «constructivismo-racionalista»⁴⁰⁵. Sus críticas de principio se

⁴⁰² Véase: SHKLAR, Judith, “Political Theory and the Rule of Law” en: A. C. Hutchinson y P. Monahan (eds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987 [trad. al cast. de M. Melero, “La teoría política y el imperio de la ley”, en: M. Melero (ed.), *Ronald Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 117-141, por donde se cita, aquí pág. 129]

⁴⁰³ Discutiendo esta visión, es decir, la visión que propugna la defensa del *Rule of Law* como una suerte de neo-colonialismo que expande el horizonte del mercantilismo, véase: WALDRON, Jeremy, “Legislation and the Rule of Law”, *Legisprudence*, núm. 1, 2007.

⁴⁰⁴ Según J. Shklar, Hayek es un autor que hereda los escrúpulos de Dicey lamentando, sobre todo, su desafortunada explosión de localismo anglosajón donde el imperio de la ley se formaliza y se convierte en tradición. Véase: SHKLAR, Judith, “La teoría política y el imperio de la ley”, cit., aquí pág. 126]

⁴⁰⁵ El caso más obvio quizá sea el de J. Bentham. Escribe Hayek: las ideas del liberalismo de A. Smith no sólo no fueron plenamente comprendidas fuera de los países de lengua inglesa, sino que perdieron su plena vigencia incluso en Inglaterra, donde J. Bentham y sus seguidores reemplazaron la tradición jurídica inglesa por un utilitarismo constructivista, derivado más del racionalismo continental que de la concepción evolucionista de la tradición inglesa. (Véase: HAYEK, Friedrich A., *Principios de un orden social liberal*, cit., aquí pág. 28). Por ello, de manera reiterada, conmina a distinguir de entre los pensadores liberales a aquellos que terminaron convirtiendo la tradición, interpretándola “en el espíritu de un racionalismo constructivista, prevalentemente en Francia haciéndola algo muy diferente, que en lugar de defender la limitación de poderes del gobierno, llegó a sostener el ideal de los poderes ilimitados de la mayoría. Tal sería el caso de Voltaire, Rousseau, Condorcet y la Revolución Francesa. (*Principios de un orden social liberal*, cit., aquí pp. 25-26.) Una afirmación en el mismo sentido también en: *Derecho, legislación y libertad*, cit. pág. 99.

dirigen contra todo tipo de interferencia del Estado. Particularmente cuando incidan en el mercado que sería el ámbito de libertad por excelencia. No hay, porque en sí mismos son sinsentidos, «justicia social» o «bienes colectivos» que valgan de contrapeso. El intervencionismo estatal es un *Camino de servidumbre* que, más temprano que tarde, nos conduce a las fauces del totalitarismo.

Sin duda que este planteamiento es poderoso. No obstante, su visión tiene poca capacidad explicativa en otros contextos, es decir, es difícil aplicarlo más allá del caso particular del Derecho inglés. De tal forma que podríamos preguntarnos: ¿se justifica la defensa de un sistema heredado en un contexto como el de la Europa continental pre-revolucionaria donde aquel orden, por el contrario, se identifica con el *Ancien Régime*? Parece que no. Un procedimiento espontáneo no tiene por que darnos el resultado más óptimo. Por otra parte, se ha hecho notar que su planteamiento resulta paradójico en varios aspectos; por no decir que es cuestionable que el mercado sea un orden espontáneo⁴⁰⁶. ¿Qué sucede allá donde la ‘espontaneidad’ que está al servicio de la libertad y del mercado no se observe? La tarea del defensor de esta visión no puede ser otra sino que intervenir para restaurar dicho orden⁴⁰⁷. Pero suponiendo que haya habido una incidencia en el mercado, el intento deliberado de restaurar un orden espontáneo recurriendo a la acción del legislativo y del gobierno, como nos dice MacCormick, ¿no supone una manifestación del peor racionalismo constructivista?⁴⁰⁸ Por lo demás, si de su funcionamiento derivan considerables cotas de desigualdad en la asignación de recursos ¿debemos dejar que operen o ejerzan como únicos indicadores de justicia en nuestras sociedades? Nuevamente la respuesta parece ser negativa (con todo, parece difícil negarle el título del «abogado más convincente y coherente de la ideología del *Rule of Law*»⁴⁰⁹).

⁴⁰⁶ MACCORMICK, D. Neil, “Orden espontaneo e imperio de la ley. Algunos problemas”, cit., aquí pp. 317 y ss.

⁴⁰⁷ Me parece que el propio Hayek desliza esta consideración cuando nos dice que en realidad, no importa cómo se hayan llegado a establecer o lo mismo, que importa relativamente poco como se establecen las notas del *Rule of Law*, esto es, si se establecen por una Carta de derechos, un Código constitucional o por una firme tradición. Lo relevante cualquier caso ‘es la admisión de limitaciones de poderes legislativos que implica el reconocimiento del derecho inalienable del individuo, de los *derechos inviolables* del hombre’. Esto no hace sino, una vez más, confirmar la peculiaridad y singularidad del modelo inglés.

⁴⁰⁸ MACCORMICK, D. Neil, “Orden espontaneo e imperio de la ley. Algunos problemas”, cit., aquí pp. 321.

⁴⁰⁹ SHKLAR, Judith, *Legalism.*, citado., aquí pág. 22.

1.4 CRÍTICA (Y CRISIS) DEL ESTADO DE DERECHO

En esta parte me propongo señalar brevemente quizá la crítica más potente formulada al Estado de Derecho entendido como aquí se ha venido haciendo. Dicha crítica no es otra sino la de C. Schmitt. Como se sabe, en varios de sus escritos, este autor realizó una crítica despiadada a todo aquello de lo que se nutre aquella: al iusnaturalismo racionalista del que deriva la idea de derechos, al normativismo que defienden sus valedores o, incluso, a la idea misma de democracia pluralista y representativa. No por nada E. Díaz le ha llamado «el destructor del Estado de Derecho»⁴¹⁰. En la segunda parte, aludiré brevemente a lo que se ha venido conociendo bajo el rótulo de “crisis de la ley”. Dicha crisis puede cifrarse en un progresivo deterioro de muchas de las cualidades que le eran asignadas así como en un progresivo desplazamiento del lugar central que ocupaba en el sistema de fuentes del Derecho positivo. Su deterioro proveniente de distintos frentes: la proliferación legislativa, la pérdida de las notas que le caracterizaban, el desarrollo del Estado social y, fundamentalmente hoy, la sujeción de la misma a la Constitución. Vayamos al primero de los aspectos enunciados.

C. Schmitt fue, ante todo, uno de los más agudos críticos del liberalismo en una de las épocas más fascinantes del pensamiento jurídico-político moderno: la República de Weimar⁴¹¹. Aunque sus planteamientos no se entiendan cabalmente sin tener ese contexto presente, lo cierto es que difícilmente puede encontrarse un autor que encarne con mayor contundencia la crítica al Estado de Derecho. De forma muy aguda, atacó la mayoría de manifestaciones ligadas a aquél. En una serie de ensayos

⁴¹⁰ Véase: DÍAZ, Elías, “Carl Schmitt: la destrucción del Estado de Derecho”, *Revista de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003, pp. 27-56. Como señala el profesor Elías Díaz, su famoso aserto de que “no todo Estado es Estado de Derecho” iba dirigido sí, a Kelsen, con, quien, sin embargo tiene más afinidad política e intelectual; pero que el mismo aplica con más contundencia a Carl Schmitt: “en radical oposición por su destrucción a la Constitución y el Estado de Derecho”. (pág. 27)

⁴¹¹ Sobre Carl Schmitt pueden verse, por ejemplo: KAUFMANN, Matthias, *Recht ohne Regel? – Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitts Staats-und Rechtslehre*, Verlag, Munich 1988 [trad. cast. de J. Malem Seña, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt*, México, Fontamara, 1991, por donde se cita, aquí pp. 15 y ss]; GÓMEZ ORFANEL, Germán, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986, cuya primera parte contiene un estudio sobre la recepción de Schmitt en España; ESTEVEZ ARAUJO, José A., *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989; HOLMES, Stephen, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1996 [trad. cast. de G. del Puerto, *Anatomía del Antiliberalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, cap. IV.]

recientes donde se explica de modo muy sintético su planteamiento se señala que su lucha contra el liberalismo de base individualista fue una lucha «contra el capitalismo occidental, contra el parlamentarismo y la discusión pública y del pacto secreto como procedimiento moderno de acción entregada a los fines de los individuos y sus intereses». Para ella, «Schmitt [...] encontró apoyo en dos fuerzas históricas muy cercanas: la tradición católica romana y el mito como expresión vitalista de la inmediatez de la existencia en la tierra»⁴¹². Mito, tradición, y «el insondable misterio de una mente genial volcada a empresas aberrantes»⁴¹³, se conjugan para desnudar al Estado de Derecho.

Para comenzar a analizar su crítica propongo partir de lo que nos dice al inicio de su *Legalität und Legitimität*, donde encontramos una definición que nos puede ayudar. Según Schmitt, lo que se ha entendido en la Europa del siglo XIX por Estado de Derecho, en realidad, sólo era «un Estado legislativo de Derecho, un Estado legislativo parlamentario»⁴¹⁴. Esto es importante a nuestros propósitos, porque, como se ha hecho notar, se acoge a una reducción formalista de éste⁴¹⁵. Así, un Estado legislativo parlamentario es:

«un ente de normas impersonales –por consiguiente, predeterminadas, generales, es decir, concebidas para su duración– y de contenido apreciable y controlado, en el que la ley y su aplicación, el legislador y el poder político que aplica la ley, están separados. En este Estado ‘imperan las leyes’, no los hombres, las

⁴¹² Véase: VILLACAÑAS, José Luis, *Poder y conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008, aquí pág. 19. Según el profesor E. Díaz (“Carl Schmitt: el destructor del Estado de Derecho”, cit., aquí pág. 153.) lo más atendible de los alegatos de Schmitt son: “aquellas en que, frente al prepotente economicismo de este, se reivindica con fuerza la necesaria autonomía e, incluso más, la terminante prevalencia de la política sobre la economía. También las justas denuncias de lo que, entonces o ahora, quiere presentarse/ocultarse como pretendidamente apolítico. No entro aquí en otras prioridades de la política sobre la moral, con evocaciones maquiavelianas, o sobre lo religioso, lo cultural, lo jurídico o lo científico”. Para inmediatamente acotar: “por desgracia, esa reivindicación de la política se frustra allí apenas formulada a causa de la obsesiva y absoluta imposición de un concepto de lo político reducido a la más rígida y excluyente determinación del binomio amigo-enemigo”.

⁴¹³ ESTEVE PARDO, José, “La doctrina alemana del derecho público durante el régimen nacionalsocialista. Crónica de un debate tardío”, *REDC*, pp. 171-179, aquí pág. 172-173. Ya había hecho un juicio similar el recientemente fallecido maestro ius-publicista español, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Véase: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, aquí pág. 24.

⁴¹⁴ SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität* (1932), Duncker & Humblot, Berlín, 1988 [trad. cast. de C. Monereo Atienza, *Legalidad y legitimidad*, Granada, Ed. Comares S. L., 2006, por donde se cita, aquí pág. 1]

⁴¹⁵ Véase: DÍAZ, Elías, “Carl Schmitt: el destructor del Estado de Derecho”, cit., aquí pág. 157.

autoridades o los dirigentes. Con más exactitud: esas leyes no imperan, rigen solamente como normas. No hay en absoluto ni dominio ni mero poder. Quien ejerce el poder y el dominio, obra ‘en base a la ley’ o ‘en nombre de la ley’. Se limita a invocar de forma competente una norma válida. Una instancia legislativa hace las leyes, pero ésta no rige ni tampoco dispone ni aplica esas leyes, sino que tan sólo elabora normas válidas en nombre y bajo sometimiento a las autoridades que las aplican y que tienen que ejercer el poder estatal. La realización práctica del Estado legislativo siempre va a parar a la separación de la ley y su aplicación, del legislativo y del ejecutivo»⁴¹⁶.

Esta forma de concebir el Derecho y el Estado, nos dice Schmitt, es típica del positivismo jurídico que se expandió a consecuencia de las revoluciones liberales: «con el triunfo de la Revolución francesa se impone la sociedad civil, total, construida de modo individualista y generalizada posteriormente por la Ciencia Jurídica positivista del siglo XIX»⁴¹⁷. Esa ciencia o, mejor, ese tipo de positivismo jurídico, surge, según el mismo autor, a partir de la combinación entre normativismo y decisionismo, tal y como veremos. Su rasgo peculiar consiste siempre en el interés por la seguridad objetiva, la fijeza y la previsibilidad de lo que vale como objetivamente obligado, ya sea la decisión del legislador, ya sea una ley procedente de esa decisión, ya la decisión jurídica procedente de esa ley⁴¹⁸. Todo ello, por lo demás, resulta funcional a una sociedad de tráfico civil individualista⁴¹⁹. Otro aspecto digno de destacar, es que esa forma de pensamiento, el vinculado al Estado de Derecho y a ese tipo de positivismo jurídico, no es compatible «con instancias de poder ilimitados»⁴²⁰. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en la introducción de los monarcas del siglo XIX al sistema jurídico, a quienes se degradó a «mero órgano estatal»⁴²¹, en detrimento de su dignidad decisoria.

Para Schmitt esta concepción sólo es factible mientras prime cierta calma o estabilidad social. La concepción positivista del «Derecho», del «Estado», de los «derechos subjetivos», puede entenderse a resultas «de un proceso de formalización

⁴¹⁶ SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, cit., aquí pág. 2

⁴¹⁷ ESTEVEZ ARAUJO, José A., *La crisis del Estado de Derecho liberal.*, cit., aquí pág. 256.

⁴¹⁸ SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 286.

⁴¹⁹ SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 287.

⁴²⁰ KAUFMANN, Matthias, *¿Derecho sin reglas?*, cit., aquí pág. 153 (paréntesis añadido).

⁴²¹ SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 266.

consistente en eliminar la carga ético-política explícita de los conceptos nacidos del pensamiento revolucionario burgués»⁴²². Estos sólo son operativos en la medida en que exista consenso suficiente sobre su significado (y en el periodo de la República de Weimar, ciertamente, no lo hubo). Pues bien, Schmitt va a afirmar frente a la regularidad, frente a «la calma» que los conceptos positivistas requieren, una idea radical de conflicto o de lo político. Aquí radica la fragilidad de las teorías liberales del Estado de Derecho pues son incapaces de enfrentarse con el problema de la situación excepcional puesto que «sólo pueden pensar al Estado y al derecho, en tanto objeto del conocimiento jurídico, bajo la forma de sistema de normas, no toman en cuenta la ‘decisión’, como elemento independiente de lo jurídico»⁴²³. Schmitt, al contrario, orienta su pensamiento hacia lo «excepcional», hacia lo que no puede ser «aprehendido» ni mucho menos «reglado»⁴²⁴. Su concepto de soberanía no deja lugar a dudas: soberano es quien decide en el estado de excepción⁴²⁵.

Comenzando por este último extremo, puede decirse que el concepto de soberano de Schmitt es para-jurídico: «la soberanía es una competencia para violar el derecho, la capacidad jurídica para colocarse por encima y dejar de lado el derecho válido en caso de que la situación así lo exija»⁴²⁶. Poco hace falta para advertir la gravedad del asunto: en dónde se coloque la soberanía o quién la encarna adquiere una importancia radical. Y como sabemos, Schmitt colocó durante aquella etapa funesta en esa posición al Presidente del Reich porque, a su juicio –tal como explica Kaufmann⁴²⁷–, tenía más sentido confiarle a él las grandes decisiones políticas por estar elegido democrática-plebiscitariamente y que, en tanto representante de todo el

⁴²² ESTEVEZ ARAUJO, José A., *La crisis del Estado de Derecho liberal.*, cit., aquí pág. 257.

⁴²³ KAUFMANN, Matthias, *¿Derecho sin reglas?*, cit., aquí pág. 154.

⁴²⁴ Como explica G. Gómez Orfanel (*Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, cit.) el hecho de que Schmitt oriente su pensamiento hacia lo excepcional “sería una expresión de este desplazamiento hacia los poderes de un ejecutivo independizado de la representación popular y que en la última época de Weimar se fundamentaría en el uso y abuso de los poderes previstos en el artículo 48 de la Constitución”. (p. 9) De hecho, explica el propio profesor de la Complutense, “una constante del pensamiento de Schmitt es su temor a las posible omnipotencia del Parlamento, a que este órgano cual nuevo Rey Midas pudiese convertir en ley todo lo que tocara. Pues bien, Schmitt desplazaría el carácter omnipotente asociado a lo que él califica como concepto político de ley a las *medidas del Ejecutivo*, contribuyendo así a una desparlamentarización del régimen político. En una situación de crisis generalizada, social, económica, institucional, que exige intervenciones inmediatas, limitar al Parlamento a la adopción de leyes generales, estables..., supone su desprestigio y desvalorización.

⁴²⁵ SCHMITT, Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, ed. by George Schwab, Cambridge, MIT Press, 1988, aquí pág. 10.

⁴²⁶ Cit., por KAUFMANN, Matthias, *¿Derecho sin reglas?*, cit., aquí pág. 160.

⁴²⁷ Cf. KAUFMANN, Matthias, *¿Derecho sin reglas?*, cit., aquí pág. 162.

pueblo, representaría una suerte de *pouvoir neutre et intermédiaire*, ya que sus decisiones pueden ser consideradas como decisiones de todo el pueblo⁴²⁸. Es en un *Führer*, en efecto, en quien va a encarnar el *Volksgeist*, «el espíritu del pueblo». Para Larenz, otro famoso teórico del Derecho nazi, él encarna la excelcitud en la tierra: el representante y garante de la unidad de la voluntad popular y de la voluntad estatal; el guardián de la Constitución, de la idea de Derecho concreta y no escrita de su pueblo. De una ley que se remonta a su voluntad y que, por tanto, no tolera verificación judicial alguna⁴²⁹.

Quizá sea en su antinormativismo donde se pueda apreciar de mejor forma el carácter destructivo de tales planteamientos para el Estado de Derecho⁴³⁰. Como se sabe, en *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* Schmitt va a trazar una distinción entre tres conceptos de Derecho con el que trabajan los juristas: «todo jurista –escribe– adopta en su trabajo, consciente o inconscientemente, un concepto de derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos. Conforme a ello se determinan los tres modos de pensamiento jurídico»⁴³¹. El pensamiento normativista es típico de la comprensión liberal del Derecho y del Estado: es el tipo de pensamiento que se reclama para sí la justicia impersonal y objetiva frente al personalismo arbitrario de los decisionistas y del feudalismo, al estamentalismo y demás órdenes⁴³². Resulta característico del método normativista también el aislamiento y la absolutización de la norma o regla.

⁴²⁸ Cf. ESTEVEZ ARAUJO, José A., *La crisis del Estado de Derecho liberal.*, cit., aquí pp. 216 y ss.

⁴²⁹ Esta es la entronización que de él hace en su *Deutsche Rechtserneuerung un Rechtphilosophie*. Según él, “el Führer significa que la unidad de la voluntad popular y de la voluntad estatal tienen en él su más evidente representante y garante. Nadie sino el Führer puede decidir de modo definitivo si cierta regla debe tener validez. Respecto a él no hay necesidad de ninguna garantía de tutela de la justicia, puesto que él –el Führer– es el guardián de la Constitución, esto es: de la idea de Derecho concreta y no escrita de su pueblo. Una ley que se remonta a su voluntad por tanto no tolera ninguna verificación judicial”. Toma la cita del magnífico estudio de: LA TORRE, Massimo, *La lotta contro il diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milan, Giuffrè editores S.P.A., 1988 [trad. cast. de C. García Pascual, *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la doctrina nacionalsocialista del Derecho*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2008, por donde se cita, aquí pág. 36]

⁴³⁰ Para una explicación exhaustiva de este extremo del pensamiento de Schmitt, véase: LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo.*, cit., cap. I.

⁴³¹ SCHMITT, Carl, “Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens” (1934), [trad. cast. de M. Herrero, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, en: *Íd.*, *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012, por donde se cita, 247-315, aquí pág. 249]

⁴³² SCHMITT, Carl, “ “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 256. Escribe, por ejemplo, Kelsen: “Todo el que alegue que obra en nombre y por cuenta del Estado, deberá invocar una norma jurídica. [...]En el moderno Estado de Derecho, es todo punto inconcebible cualquier actividad de los órganos del Estado no amparada por la norma jurídica o por la Ley”. Véase: Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, aquí pág. 405.

Para el decisionista, en cambio, la fuente de todo Derecho, de toda norma y ordenamiento que de él devienen, no es el mandato como tal, sino la autoridad o soberanía de la última decisión que viene dado con el mandato⁴³³. El positivismo jurídico del siglo XIX se caracteriza, justamente, por ser la conjunción de ambos tipos de pensamiento: la idea del positivismo teórico Estatal (soberanía) como sistema jerarquizado de normas (abstractas, generales, impersonales, etc.)⁴³⁴.

Pues bien, frente a éste tipo de pensamiento típico de la sociedad y del Estado liberal, de base universalista, contractualista y racionalista, C. Schmitt va a propugnar el re-establecimiento del pensamiento del orden concreto. En este modo de pensar el orden jurídico no es considerado ante todo como una regla o suma de reglas, sino que, por el contrario, la regla se concibe únicamente como un elemento e instrumento de la orden⁴³⁵. Esta forma de concebir las reglas se muestra propicio para articular un Derecho en clave organicista o comunitarista puesto que en él las normas se determinan por su ser propio y su tradición histórica. Y aquí hay un punto decisivo de contraste. Como explica M. La Torre: mientras que el normativismo y el decisionismo –o la mezcla de ambos, el juspositivismo– deben asumir respectivamente la norma y la decisión como el medio que hace posible la convivencia, y que ellos presuponen al individuo como realidad anterior a la sociedad; el *konkretes Ordnungsdenken* asume, en cambio, que el individuo está natural e históricamente vinculado a la sociedad, la cual es una realidad tan primigenia como el individuo⁴³⁶. Con todo ello se va a trastocar definitivamente la idea de Constitución fruto de las revoluciones liberales: como norma que asegura la división de poderes y garantiza los derechos fundamentales.

En efecto, mientras que el normativismo desemboca en la separación de la instancia judicial de la voluntad política de la que surge la norma, en la afirmación de la primera respecto de la segunda, y finalmente en la subordinación de la instancia política a la instancia judicial⁴³⁷; ello no va a ocurrir en el Derecho basado en el

⁴³³ SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 255.

⁴³⁴ Véanse: SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 275; KAUFMANN, Matthias, *¿Derecho sin reglas?*, cit., aquí pág. 149; LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo.*, cit., aquí pág. 52.

⁴³⁵ SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 255.

⁴³⁶ LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo.*, cit., cap. I.

⁴³⁷ LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo.*, cit., aquí pág. 56.

ordenamiento concreto. En este último, la división de poderes no opera puesto que la justicia y Administración se aúnan en quien encarne el *ethos* de un pueblo, la así llamada *Volksgemeinschaft*. El *Führer* aparecerá aquí con su voluntarismo desnudo: su ‘calidad decisoria’ no es que no deba, es que no puede cuestionarse o rebajarse por norma alguna. Tal fue el caso del Derecho en la época del nacionalsocialismo⁴³⁸. Frente al carácter abstracto, impersonal e igualitario del Estado de Derecho, que precisa que todos los órganos competentes sean por igual defensores del orden jurídico, Schmitt propugnó el pensamiento más flexible del orden concreto⁴³⁹. Y lo hace, porque éste es, en efecto, el tipo de pensamiento que requería la estructura política del régimen nacionalsocialista construida por la tripartición Estado-movimiento-pueblo, con su *Führer* soberano a la cabeza, y no bajo la bipartición Estado-sociedad⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Un espléndida exposición sintética de esta periodo, desde el punto de vista ideológico-político, puede verse en: HATTENHAUER, Hans, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts: zwischen Hierarchie u. Demokratie*, 2., überarb. u. erw. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe: Müller, 1981 [trad. cast. de M. Izquierdo Macías-Picavea, *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, 2ª. ed. refundida y ampliada, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, por donde se cita, pp. 319-350]

⁴³⁹ Como explica él mismo: “un modo de pensamiento jurídico dominado por la contraposición entre norma y mandato, *lex* y *rex*, no puede comprender en absoluto la idea de *Führer*. Su teoría de la división de poderes separa la justicia de la administración y hace necesaria aún una mayor separación entre jurisdicción militar, jurisdicción de honor y jefatura militar. Para continuar: ‘hoy, después de que, con una nueva comunidad de vida, se ha vuelto a revitalizar el pensamiento del orden concreto, el axioma jurídico que establece fidelidad, disciplina y honor no pueden ser separados del mando militar, es para nosotros más comprensible que para el modo de pensar normativista jurídico liberal –anclado en la separación de poderes del viejo individualismo-. También podemos legitimar hoy, directamente, una idea de fidelidad, porque el ‘movimiento’ jura inquebrantable fidelidad al *Führer*”. (Véase: SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 298)

⁴⁴⁰ Cf. SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 315. Quizá valga la pena tener presente la figura de K. Larenz (1903-1993) quien con mayor ahínco y profundidad colaboró para desarrollar una doctrina jurídica propia del nacionalsocialismo. Se ha dicho que el planteamiento de Larenz puede entenderse como basada en tres mitos. (Cf. LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, cit., pág. 147 y ss.) El primero, es el mito del ‘héroe’ según el cual algunos sujetos están «destinados» a dirigir el curso de la historia y la vida de los pueblos. La autoridad aquí no emana de una asamblea o de cierto procedimiento sino de un particular dotado de cualidades excepcionales. Funda el decisionismo de la doctrina jurídica nacionalsocialista. El segundo, es el mito de la «raza». Con él, las actitudes, cualidades y cultura del hombre resultan determinadas por su «sangre» (que no es la misma en todos los hombres, y asume connotaciones diversas según las «razas»). Supone la imposibilidad del concepto universal de humanidad que comprenda a todos los seres humanos. Esta tesis, observa La Torre, no es moral sino normativa: las reglas morales deben valer sólo para los miembros de cierto grupo o «raza». Entre las consecuencias de este mito destaca el hecho de que el estatuto moral del hombre dependerá de aquella. El tercer mito, es el mito de la «historia» de profundas implicaciones en el campo de la «razón práctica». Sintéticamente, puede decirse que de él se extraen los elementos de racionalidad de la historia, esto es, lo que es conforme a ésta es justo y ético; lo que está en contra de ella es injusto e inmoral (pág. 154).

Schmitt quería defender el espíritu del pueblo alemán contra las ideas liberales de 1798 y contra la aniquilación del pensamiento del orden que lleva consigo⁴⁴¹. Reclamó para la ciencia y cultura jurídica alemana su ‘derecho’ de comprender las palabras y conceptos al modo propio; a ser determinados por su ser propio y tradición histórica⁴⁴². Con ello anunció también el fin del positivismo jurídico, de su normativismo: la aparición por todas partes de *cláusulas generales que dinamitaron la seguridad jurídica*. A través de ellas se introdujo *sin más* esa forma de pensamiento jurídico. Cuando en una sociedad civil individualista se aplican dichas cláusulas al interés de la totalidad del pueblo, dice Schmitt, cambia todo el derecho sin que sea preciso cambiar una sola ley⁴⁴³. O como dice de modo muy expresivo en otro apartado: frente a los principios liberales de división de poderes, su fijación por la generalidad y abstracción de las normas, el pensamiento de orden concreto le desarma con las posibilidades lógicas ilimitadas de las calificaciones jurídico-formales más libres⁴⁴⁴. Los conceptos se refieren, ya no a reglas y normas desvinculadas, sino a elementos esenciales de una nueva comunidad, de su orden y de su forma vital concretos⁴⁴⁵.

Creo que no hace falta añadir nada más para darnos cuenta de la gravedad del planteamiento. Curiosamente, Carl Schmitt sirve para introducir el siguiente aspecto al que me quiero referir brevemente. El autor alemán ya había advertido los problemas que para el Estado de Derecho acarrea lo que en su momento denominó “motorización legislativa”. Este fenómeno, al que se ha aludido de formas variadas – v. gr. «volatilidad», «desbocamiento», «proliferación», «marea», «inflación»-, es uno de los aspectos en los que más ha centrado su atención la doctrina, precisamente, por su carácter nocivo para la empresa misma de sujetar la conducta a través de reglas. O dicho de otra manera: la proliferación legislativa erosiona tal función por exceso⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ Cf. SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 290

⁴⁴² Sería lamentable, escribe, que la poderosa tendencia hacia el pensamiento del orden concreto y de la forma, que hoy acoge el pensamiento científico-jurídico de las naciones quedara reprimida por malentendidos y restricciones. (Cf. SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pp 305-306.)

⁴⁴³ Cf. SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 307.

⁴⁴⁴ Cf. SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 310.

⁴⁴⁵ Cf. SCHMITT, Carl, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., aquí pág. 313.

⁴⁴⁶ F. Carnelluti en un discurso de 1930, *La crisi della legge*, constató entonces un progresivo aumento de la legislación –que en parte estimaba como una consecuencia inevitable de la civilización–. Y lo que es aún más importante a nuestros efectos: estimaba ya que con tal proliferación o multiplicación de las

La «hipostenia legislativa», por otra parte, hace referencia a su pérdida de fuerza y se produce, entre otras cosas, desde el momento en que se abren paso las «leyes medida», leyes que no se adoptan con fines generales o con pretensiones de estabilidad sino para remediar situaciones o problemas concretos. Por no hablar ya de las llamadas «leyes retóricas», esto es, de aquellas leyes que de antemano se sabe que no van a cumplirse y que, no obstante, se aprueban porque se considera «de buen gusto» contar con ellas⁴⁴⁷. Este tipo de denuncias (o constataciones) van de la mano a lo que de forma genérica suele denominarse como «crisis de la ley»⁴⁴⁸.

Sin embargo, lo anterior es sólo una de las aristas del problema. Y quizá no sea esto –el aspecto cuantitativo– a lo que se refieren con tanta urgencia los autores contemporáneos. Cuando se alude a la «crisis de la ley» se habla de otros fenómenos más decisivos y, en cierta medida, exógenos a la ley misma⁴⁴⁹. Aquí voy a referirme únicamente a tres de ellos. Por una parte tenemos el fenómeno más radical que tiene que ver con la pérdida misma de lo estatal en algunos países. En efecto, en algunos lugares el Estado se vuelve incapaz de asegurar la vida, la seguridad o la propiedad de sus ciudadanos, de satisfacer lo mínimo que solemos reconocer como fundamento del Estado. Su lugar lo ocupan organizaciones para-estatales que cometen impunemente toda clase de atropellos; imponiendo «su ley» que no es otra sino la «ley del más

leyes se produce inexorablemente su “devaluación”. Para el profesor italiano, por lo demás, el exceso de regulación podía equipararse con el fenómeno de la inflación monetaria así como con “sus inevitables consecuencias”. Cf. CARNELLUTI, Francesco, “La crisi della legge”, *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazioni in Italia*, núm. 22, 1939, pp. 424-431.

⁴⁴⁷ Cf. DIEZ-PICAZO, Luis, “Constitución, ley, juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pp. 9-23, aquí pág. 11-12.

⁴⁴⁸ Conviene recordar una definición o, mejor, hacernos de una descripción de los rasgos usualmente atribuidos a la ley sobre la cual trabajar. En este sentido, me parece de mucha utilidad la propuesta por Laporta: “la ley se nos presenta desde la historia –señala– como una disposición creada deliberadamente, emanada del poder soberano localizado en un órgano representativo, que incorpora normas sobre el uso de la fuerza en la sociedad, se dirige a destinatarios generales y contempla supuestos típicos, modula la libertad y propiedad de los ciudadanos y determina los límites recíprocos de sus derechos y deberes, y establece las cargas y beneficios económicos de la sociedad; sirve con todo ello al mismo tiempo como control y límite jurídico a la acción de los poderes públicos”. Véase: LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley.*, cit., aquí pág. 156.

⁴⁴⁹ La literatura sobre el tema es abundante en España, así, por ejemplo: HIERRO, Liborio, “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa*, núm. 19, 1996; GASCÓN ABELLÁN, Marina, “El imperio de la ley. Motivos para el desencanto”, *Jueces para la democracia*, PRIETO, Luis, “Del mito a la decadencia de la ley”, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson-IDHBC, 1997; ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J., “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en: V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad Alcalá de Henares, 2002; MARCILLA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, CEPC, 2005; HIERRO, Liborio, “Igualdad, generabilidad, razonabilidad y crisis de la ley”, *Doxa*, núm. 26, 2003.

fuerte». La proliferación de grupos de «auto-defensa», «ejércitos populares», que pretenden poner coto a la violencia de esos grupos criminales no es sino reflejo de la más radical degradación de las instituciones. En los casos más extremos, amplias zonas o territorios pasan a estar controlados por el crimen organizado. Allí «se muestra con toda dureza la validez del modelo hobbesiano de estado de naturaleza⁴⁵⁰».

En segundo lugar, la ley entendida como emanación de un acto de voluntad estatal, se ve mermada por la pérdida misma del atributo de la soberanía estatal⁴⁵¹. En efecto, el Estado ha ido cediendo progresivamente su soberanía a manos de organizaciones supra-estatales. Lo anterior se ve reflejado, por ejemplo, en la creciente incidencia de normas o directivas dictadas por estos últimos, con plena eficacia para el orden interno; incluso con primacía sobre la ley de origen estatal. Todo lo anterior sin importar –o importando relativamente poco– su origen democrático. Un paisaje parecido, y que en cierta medida tiene repercusiones similares, puede dibujarse al interior del Estados (aunque visto con atención, esto resulta más problemático en Estados unitarios o centralistas; en el caso de los Estados federales, me parece, el fenómeno es tomado con menor dramatismo). La ley ha ido perdiendo su posición de reglar con vocación de generalidad. Ha perdido su unidad. Los procesos de descentralización política han supuesto en la mayoría de ocasiones la irrupción de nuevos centros de creación normativa, generando cierta fragmentación legislativa. Cada vez se crean más normas que van conformando un mosaico variopinto de copiosas regulaciones.

El último gran capítulo de la crisis de la ley tiene que ver con lo que algunos estiman un cambio estructural en el Estado de Derecho. En efecto, el advenimiento del Estado constitucional con su proyecto de control –fundamentalmente, con la inclusión del poder legislativo–, supone cuestionar hoy en día la pertinencia de tener a la ley como la fuente del Derecho por antonomasia⁴⁵². Ello resulta más certero y,

⁴⁵⁰ GASCÓN ABELLAN, Marina, “El imperio de la ley. Motivos para el desencanto”, cit., aquí p. 30. Lamentablemente este parece ser el diagnóstico de alguna parte del territorio mexicano, concretamente en los estados de Michoacán y Guerrero, donde comienzan a proliferar los llamados grupos de autodefensa.

⁴⁵¹ HIERRO, Liborio, “El imperio de la ley y la crisis de la ley” cit., aquí pág. 292-293;

⁴⁵² Como nos dice L. Prieto, en este caso no estamos hablando de una crisis de confianza en la racionalidad de la ley; sino ante una crisis de la propia ley; los fenómenos señalados –tales como la pérdida de soberanía estatal o la aparición de nuevos centros productores de normas– vienen a denunciar el fin de la ley como fuente suprema y plenamente autónoma del Derecho. Para señalar a

sobre todo, más crítico, a mi juicio, en sus manifestaciones europeas, donde, efectivamente, sí se llegó a producir una identificación entre soberanía y ley; entre ley y Estado de Derecho llevándolas hasta sus últimas consecuencias. La Constitución del Estado constitucional desplaza a la ley convirtiéndose en *Alfa y Omega del Ordenamiento jurídico*. Es decir, la Constitución como primer y último parámetro de validez. Cualquier acto, sea legislación o sea una sentencia, deberá respetar (desarrollar, acomodar o no contravenir) su denso contenido de valores, principios y derechos fundamentales. Tales contenidos materiales tienen una “fuerza expansiva” sobre todo el Ordenamiento lo que supondrá que la posición del juez se refuerce –al tratarse de materiales que precisan de ejercicios de métodos interpretativos que trascienden la literalidad de las normas–. Se abre con todo ello una vía para que se produzca una nueva etapa de judicialización del Derecho y la política mediante construcciones interpretativas. Una vía, ciertamente alejada de las pretensiones del legalismo.

1.5 UNA CONCEPCIÓN RESTRINGIDA DE ESTADO DE DERECHO

Me parece que estamos en condiciones de señalar el núcleo de la idea de Estado de Derecho que desde mi punto de vista acompañaría al legalismo. Dicho núcleo no puede ser otro que la idea de los derechos y la limitación del poder. Este también es el sentido primigenio del constitucionalismo como se recuerda a menudo y que se traduce en una serie de mecanismos de garantía tanto institucionales como jurídicos que tienen como fundamento último la defensa del individuo. Lo que se busca ante todo es una protección frente a la arbitrariedad, se busca establecer mecanismos que proporcionen estabilidad y alguna cooperación social por medio del Derecho. Por ello no resulta extraño que se tienda a minimizar los poderes coactivos del gobierno a la vez que se acentúan sus funciones de prevención y represión en la vida social. Se defiende la necesidad de que el Derecho se afirme como un orden cierto, eficaz e instaurador de reglas básicas del juego social y económico para convertirse en un

renglón seguido: si a partir de la censura iniciada por el antiformalismo entró en decadencia la ideología legalista, a partir del Estado constitucional lo que se produce principalmente es una crisis en la práctica legalista. Cf. PRIETO, Luis, “Del mito a la decadencia de la ley”, cit., aquí pág. 25.

instrumento de previsión y confianza en las relaciones humanas⁴⁵³. Se trata de una necesidad –para algunos la primera necesidad– que impulsa a los hombres a establecer algún cortafuegos a la arbitrariedad, a la voluntariedad desnuda. El establecimiento de un sistema jurídico, de normas generales y abstractas, puede verse, en tanto que *tiende a objetivar* –nunca de modo perfecto– los procedimientos de creación o aplicación del Derecho, cuya empresa, en tanto sustrato moderno, consiste en racionalizar y limitar el poder.

Legalidad y Estado de Derecho se vinculan pues de forma compleja con la libertad. Resulta indispensable no olvidarlo porque ello constituye algo así como su piedra de toque. De tal forma que podemos señalar que el Estado de Derecho es aquél sometido a la ley pero no reducible a ésta. Se expresa en una frase que, a pesar de estar sujeta a malentendidos, lo sintetiza: se trata del gobierno *sub y per lege* en oposición al gobierno de los hombres. Es una forma de imperio del Derecho. Dicho ideal se *desdobla* en varios elementos que un determinado sistema puede satisfacer en mayor o en menor grado. Me parece que una definición propuesta por R. De Asís recoge los elementos que hemos venido señalando. Se trata de un concepto que es deudor de su primera manifestación en la historia (Estado liberal de Derecho); si bien con la cuestión respecto al rol de la participación en dicho modelo. Así, para el profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, será Estado de Derecho aquel Estado «que actúa mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos y que protegen derechos individuales y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente»⁴⁵⁴.

La piedra de toque de un sistema jurídico que se adecúe a las exigencias del Estado de Derecho lo encontramos en la defensa de los derechos y garantías de libertad. Ahora bien, tal defensa no es incompatible sino que, más bien, puede y de hecho se complementa con la participación de los ciudadanos. El Estado de Derecho de raigambre contractualista no prescinde de la participación sino que es parte constitutiva de aquél; también la integra. La «dignidad de la legislación», por evocar

⁴⁵³ Cf. ARCOS RAMÍREZ, Federico, *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, prólogo de V. Zapatero, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid Dykinson, 2000, pp. 21 y ss.

⁴⁵⁴ DE ASÍS, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, cit. aquí pág. 31. Él utiliza para este tipo de Estado la expresión «Estado de Derecho en sentido amplio»

el título de un conocido libro, radica no sólo en que la ley es un vehículo para garantizar derechos y libertades sino también en que es creada en aquellas sedes que, por un lado, tienden a aunar distintos puntos de vista sociales y, por el otro, *representan* con mayor o menor fidelidad la voluntad de los propios titulares de derechos⁴⁵⁵. Con todo, hay varias posibilidades de articular tal exigencia. Por un lado la que partiendo de la versión inglesa del *Rule of Law* puede, por distintos motivos, minusvalorar la participación política como en el caso de Hayek. Por otro, se puede sostener una tesis débil y otra fuerte⁴⁵⁶. Por tesis fuerte entenderé la de aquellos que, integrando la participación y en un eventual conflicto entre la justicia y legitimidad de las decisiones, sostienen la primacía de la justicia (o los derechos)⁴⁵⁷. La tesis débil, que da lugar a otro tipo de Estado, colocaría –al menos– al mismo nivel justicia y legitimidad.

Para ello se precisa también el orden jurídico que, no olvidemos ejerza autoridad (final) sobre un territorio definido se estructure y administre a través de una división funcional de poderes. La división de poderes es otro elemento característico en este concepto de Estado de Derecho al formar parte de todo ese entramado limitación al poder. La garantía de los derechos se ve complementada mediante el control de los poderes públicos por parte de los individuos. Porque, como señalara Montesquieu, «todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares»⁴⁵⁸. En estos pilares se fundamenta «el Estado liberal, entendido como *Estado de derecho*, es decir, como Estado, cuya actividad está, en un doble

⁴⁵⁵ La referencia aquí es al libro *The Dignity of Legislation* de J. Waldron. En él se plantea repensar y recobrar el valor de la ley como fuente valiosa del Derecho y como forma digna de goberarnos. El autor propone que miremos la legislación y el proceso legislativo desde su mejor luz; algo así como lo siguiente: “los representantes de una comunidad se reúnen para establecer solemne y explícitamente los planes y medidas que pueden ponerse en marcha en nombre de todos ellos, y lo hacen de una forma tal que abiertamente reconoce y respeta (en lugar de ocultar) las inevitables diferencias de opinión y de principio entre ellos”. Cf. WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, CUP, 1999, pág. 2.

⁴⁵⁶ Retomo aquí una distinción de L. Hierro en relación a los planteamientos de F. Laporta y E. Díaz sobre el imperio de la ley. Según HIERRRO, Liborio (“Imperio de la ley y crisis de la ley”, cit., aquí 289) Laporta sostiene una tesis débil del imperio de la ley reduciéndolo a la existencia de un conjunto de normas que cancelen el ámbito de las decisiones arbitrarias; mientras que, por el contrario, E. Díaz introduce en su noción el elemento democrático para dotar de un fundamento sólido a la pretensión de obediencia a la ley.

⁴⁵⁷ DE ASÍS, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, cit. aquí pág. 83

⁴⁵⁸ *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de M. Blazquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1980, aquí pp. 151-2.

sentido, material y formalmente, limitada»⁴⁵⁹. La división de poderes posibilita legitimar el proceso de creación normativa allá donde los órganos representativos sean electos y, no menos importante, permite que en la administración del orden jurídico haya una magistratura imparcial. De ahí esa diferenciación básica pero fundamental. La diferenciación que media, en la medida de lo posible, entre quienes habrán de producir las normas y entre quienes habrán de aplicarlas.

De la misma forma, desde esta visión del Estado de Derecho exige que el núcleo del ordenamiento responda no sólo a pautas autoritativas sino también de racionalidad. En efecto, se precisa, por una parte, que toda competencia normativa (sea de creación o de aplicación) se ejerza de conformidad al propio ordenamiento. En segundo lugar, que las satisfagan ciertos requisitos tanto estructurales como procedimentales⁴⁶⁰. En la medida de lo posible, las normas que lo integren deben ser: claras, generales, abstractas o impersonales, inteligibles, prospectivas, públicas, estables en el tiempo, tendencialmente coherentes o no contradictorias entre sí y que puedan cumplirse. En otras palabras, deben cumplir los requisitos de la llamada por L. Fuller «moral interna del Derecho»⁴⁶¹. Pues bien, estos requisitos son caros a la empresa de sujetar la conducta humana al Derecho, para que el ordenamiento pueda suministrar con alguna garantía de éxito guías de conducta a todos sus destinatarios. Si no conocemos las normas, si son ininteligibles ¿cómo podemos ajustar nuestra conducta a ellas? La seguridad y previsibilidad jurídica impone tales requisitos al Derecho toda vez que «el conocimiento de su existencia y sus contenidos (certeza), y al proteger a quién actúa de acuerdo con sus disposiciones (eficacia), garantiza poder actuar conforme al Derecho»⁴⁶².

Tal y como puede apreciarse de esto último, la idea de Estado de Derecho está íntimamente relacionada con los principios que dan base a la cultura de la legalidad. M. Kramer ha destacado que requisitos tales como la publicidad, la prospectividad, la claridad y la perdurabilidad en el tiempo de las normas jurídicas son requisitos que

⁴⁵⁹ BOBBIO, Norberto, “ De la libertad de los modernos comparada con la de los posteriores”, trad. de A. De Cabo y G. Pisarello, en: *Íd., Teoría General de la Política*, cit. pp. 293-322, aquí pág. 300-1.

⁴⁶⁰ Véase, por ejemplo: SUMMERS, Robert S. “Forma, imperio de la ley, imperio del buen derecho, trad. de F. Laporta, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2, 1998, pp. 183-198.

⁴⁶¹ FULLER, Lon L., *La moralidad del derecho*, cit., pp. 43 y ss.

⁴⁶² ARCOS RAMÍREZ, Federico, *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, cit., aquí pág.

dotan de cierta objetividad al discurso jurídico en la medida en que hacen discernible entre distintos individuos las exigencias legales (es decir, brindan apoyo para su conocimiento, así como para mediar en algunos conflictos sobre su existencia o inexistencia)⁴⁶³. Parece así que la empresa precisa, al menos en alguna parte, de criterios de identificación que permitan, en la medida de lo posible, diferenciar las pautas jurídicas de las que no lo son. Estos son algunos de los ingredientes principales que permiten a los individuos como seres autónomos perseguir sus fines de manera efectiva. Es precisamente en este sentido, en definitiva, en el que se entiende que los hombres son ciervos de la ley para ser libres; pero también en que la moralidad interna del Derecho está ligada al proyecto político del liberalismo.

2. CONSTITUCIONALISMO: UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DE ESTADO DE DERECHO

Había avanzado ya algunas reservas generales que conviene tener presente de nuevo. Tales reservas tienen que ver, básicamente, con la complejidad de un objeto de estudio que, dado su largo recorrido histórico o su carácter controvertido, se presta, en no pocas ocasiones, a la simplificación⁴⁶⁴. De la misma forma, advertí que se trata de propuestas o, mejor dicho, de «apuestas» de corte normativo, en el sentido de que no pretenden describir de forma neutral o a-valorativa el fenómeno estatal. De lo que se trata aquí nuevamente es analizar algunos planteamientos sobre cómo debería organizarse, qué funciones debe cumplir el Estado, con qué procedimientos, etc. Por ello, en lo que sigue intentaré desarrollar algunos elementos que puedan caracterizar la idea de Estado presente en la que aquí he denominando como ideal del imperio de

⁴⁶³ Véase: KRAMER, Matew, *Objectivity and the Rule of Law*, Oxford, OUP, 2007, aquí pág. 232. Es importante destacar que este autor distingue (pág. 142-143) entre dos formas de *rule of law*: uno escrito así, con minúsculas, y que es una lectura neutral de los principios de legalidad de Fuller en los que éstos se tienen como requisitos necesarios y suficientes para la existencia de un orden jurídico independientemente de las finalidades a las que sirva. En segundo lugar, el Rule of Law, con mayúsculas, se refiere al mismo como un ideal político-moral. Aquí los mismos principios de Fuller, preceptos ‘formales’, devienen en cuestiones de sustancia: expresan los valores de la tradición liberal-democrática.

⁴⁶⁴ Por poner otro ejemplo en el plano metodológico. En su trabajo sobre el Estado de Bienestar, R. Cotarelo hace hincapié de que el fenómeno estatal es tan complejo que estima necesario abordarlo desde una ‘perspectiva múltiple’. Tal perspectiva podría sintetizarse en el principio metodológico que dice observar en todo momento: que es el propio objeto de Estudio (el Estado) el que determina el método. Por ello, aborda al Estado (de bienestar) en sus vertientes sociológica, política, jurídica y económica. (Véase: COTARELO, Ramón, *Del Estado de bienestar al Estado del malestar*, 2ª. ed., Madrid, CEC, 1990, aquí pág. 17).

la Constitución o ideología constitucionalista. El punto clave a tener en cuenta nuevamente será la idea de «legalidad selectiva». Pues bien, la idea de legalidad selectiva que considero se adecúa a la empresa o ideología constitucionalista, acentúa los derechos de participación a la vez que incorpora en sus elementos definitorios los llamados derechos sociales. Es decir, si para hablar de Estado de Derecho requerimos además «la efectiva realización material de exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales y culturales y de otra especie, constituyen una base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos»⁴⁶⁵ es claro que nos adentramos en otra modalidad o concepción del Estado.

Ahora bien, esa cuestión –de asignarle mayores funciones al Estado– parte de su sentido liberal primigenio para ir acentuando exigencias igualitarias (exigencias, presentes ya desde sus orígenes)⁴⁶⁶. Bien porque no hayan sido suficientemente atendidas desde el prisma del Estado de Derecho, preocupado en maximizar las libertades en sentido negativo⁴⁶⁷, bien porque en él se negó la titularidad del derecho de participación o de asociación a amplios sectores de la población. Muchos autores

⁴⁶⁵ DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema*, núm. 125, 1995, aquí pág. 9.

⁴⁶⁶ Escribe, por ejemplo, un notable crítico del Estado social como E. Forsthoff: “los intentos de conferir al Estado de Derecho contenidos sociales, es decir, de otorgar un soporte constitucional a la *fraternité* al lado de la *liberté* y *égalité*, llegan hasta los orígenes mismos del Estado de Derecho. El proyecto de constitución de los Girondinos contenía la siguiente frase bajo el número 24 entre los derechos fundamentales: ‘Les secours publics sont une dette sacrée de la société; et c’est à la Loi en déterminer l’étendue et l’application’. Una fórmula semejante contenía el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de 24 de junio de 1793 bajo el número 21. Esta primera referencia a la asistencia y previsión social se agota en una frase programática que nada otorga en concreto y que se limita a proclamar una obligación cuya precisión y cumplimiento abandona al legislador y a la administración. Al igual que el catálogo moralizante de las obligaciones fundamentales de 1795 no tuvo consecuencia alguna. La fraternidad no juega un papel significativo posterior al siglo XIX, y lo mismo vale decir para la doctrina. Si, por ejemplo, Nézard en sus *Elements de Droit Public* define la fraternidad como un deber social y le dedica un apartado, lo hace sin duda como reverencia a la famosa triada de la Revolución más que como una exposición de un elemento esencial de la constitución democrática”. Véase: FORSTHOFF, Ernst, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, C. H. Beck, München, 1975 [trad. cast. de J. Puente Egido, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, en: W. Abendroth *et. al.*, *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, por donde se cita, aquí pág. 73].

⁴⁶⁷ Por poner un ejemplo: “El Estado abstencionista-neutral del siglo XIX sólo podía garantizar una forma empobrecida de libertad: la libertad ‘negativa’, la libertad como no interferencia, como protección frente a las intromisiones estatales indeseadas. La falacia liberal consiste en hacer pasar la parte por el todo, en pretender que la libertad negativa (es decir, la protección frente a la arbitrariedad estatal) es ya ‘toda la libertad’, cuando en realidad es solamente una de sus dimensiones. Desde esta perspectiva, los mineros de Manchester, sujetos a jornadas de dieciséis horas, eran perfectamente ‘libres’. La libertad-liberal burguesa del XIX no era, al final, sino ‘libertad para dormir debajo de los puentes’ como ironizara Anatole France”. Véase: CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 16.

hacen hincapié en el hecho de que tal transformación ocurre en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho⁴⁶⁸. Por ello, si en el apartado del Estado de Derecho en sentido restringido señalé que el mismo concuerda más con el complejo normativo del *Rule of Law* como doctrina del gobierno limitado, el Estado de Derecho en sentido amplio parece también más próximo al *Sozial Rechtsstaat* que pretende conceptualizar una modalidad de Estado de Derecho –porque no niega o no pretende negar esta condición– al que se le añaden los adjetivos «social» y «democrático»⁴⁶⁹. A excepción de su desarrollo en Inglaterra, parece más ligado a la suerte que ha tenido el Estado en la Europa continental –sin olvidar el fracaso de la República de Weimar y su deriva totalitaria–, muy especialmente, ligado a los avatares que ha tenido desde la segunda posguerra hasta su crisis actual.

El afianzamiento del Estado social «fue hijo» de la segunda posguerra. Entonces se conjugaron de forma más o menos clara una serie de variables –v gr. sociales, económicas, institucionales, tecnológicas y, sobre todo, políticas– que constituyen el trasfondo del giro hacia dicha forma de Estado. Ahí se aprecia el punto más álgido de esa forma de organización del poder que en algunos casos llegó,

⁴⁶⁸ Véanse, entre otros, DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 101 y ss; PÉREZ LUÑO, Antonio-E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 223 y ss.

⁴⁶⁹ Salvando la referencia que haremos más adelante sobre el sentido de esta obra, E. Díaz en su ya clásico *Estado de Derecho y sociedad democrática* transita esta vía expresamente. En primer lugar, para el profesor de la Autónoma de Madrid el Estado de Derecho es aquel que surge de la mano de las revoluciones burguesas en respuesta a la cada vez más insoportable situación imperante del *Ancien Regime*. Será la Revolución Francesa la que marque el fin de los regímenes absolutistas –esto es, carentes de instituciones representativas y restricciones constitucionales– así como el comienzo e instauración de los regímenes liberales. Supone en la Europa continental el paso de una sociedad estamental a una sociedad clasista, siendo la primera manifestación «de lo que después se llamaría Estado de Derecho» (Véanse: DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 39-40; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “El paso del Estado absoluto al Estado liberal en la ilustración”, en: V. Zapatero (coord.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje al profesor Luis García San Miguel*, Alcalá, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, vol. 2, pp. 621-652.) El contexto ideológico-político en que tiene sentido la noción de Estado de Derecho es «el contexto que *arranca* del liberalismo y *culmina* en la democracia y el socialismo» (véase: DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, cit., pp. 13-14). En sentido similar sostiene que para hablar de Estado de Derecho se precisa que el Derecho no emane ya de una voluntad individual absoluta sino que, por el contrario, derive de una «legitimidad liberal y *después* democrática». Todo ello, porque el Estado en sus primeras formulaciones, en efecto, fue garante, ante todo, de posiciones liberales. Con ello se destacan dos cosas. Por un lado, que se trataba de –era, o aparentaba ser– un Estado abstencionista. Por otro, que no contaba con una base democrática amplia en la medida en que el sufragio se reservaba a las clases privilegiadas. Véase: DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pág. 48. E insiste: “A pesar de todas las insuficiencias del liberalismo, no es menos cierto que éste cumple sobradamente el *mínimum* de condiciones válidas para situar en él –como sistema contrapuesto al absolutismo– el punto de arranque del concepto de Estado de Derecho”. (*Ibidem.*)

incluso, hasta su plasmación jurídico-constitucional⁴⁷⁰. Con todo, cabe por ahora una puntualización: no existe *la* concretización de dicho ideal. Bastaría con revisar superficialmente los contextos tan dispares en los que se gestaron los distintos Estados que reconocemos como tales para darse cuenta de que no estamos ante un fenómeno único o lineal. Así, en lo que sigue haré primero una breve referencia a algunos antecedentes, fundamentalmente, de su desarrollo alemán. Ello será indispensable para estar en condiciones de abordar el problema de la cláusula del Estado social así como su posterior crisis. Por último, intentaré destacar los elementos o claves de ese modelo amplio de Estado de Derecho.

2.1 ALGUNOS ANTECEDENTES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

Es demasiado complicado trazar una línea, aunque sea imaginaria, sobre el surgimiento del Estado social. Máxime cuando sus antecedentes se confunden en el proceso mismo que ha dado surgimiento al Estado-nación⁴⁷¹. De inicio, me apoyaré en un trabajo de G. Peces-Barba en el que leemos:

«a lo largo del siglo XIX se irán configurando las líneas de una ideología que es la del Estado social, que tiene como uno de sus núcleos centrales a los derechos sociales. Es un punto de vista que no es contradictorio con los valores de la

⁴⁷⁰ Si bien se tiende a fijar en algún periodo específico la aparición del Estado social, lo cierto es que existen innumerables antecedentes de programas tendientes a promover mayor inclusión e igualdad social a través de la prestación de servicios básicos, en un primer momento mediante fondos privados o, incluso, eclesíasticos –a través de programas de caridad– para, posteriormente, ampliar su prestación mediante fondos públicos y de manera gratuita. El Estado social o de bienestar, leemos en un Forma de gobierno en la que el Estado, mediante el uso de la legislación, asume la responsabilidad de proteger y promover el bienestar básico de todos sus miembros. Uno de sus elementos esenciales es una legislación que garantice el mantenimiento de la renta, y otros tipos de ayuda a las personas y familias en casos de accidentes y enfermedades laborales, problemas de salud, vejez y desempleo. (p. 271)

⁴⁷¹ Como explica I. Sotelo (“Estado moderno”, en: E. Díaz y A. Ruíz Miguel, *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1ª reimp. 2004, pp. 15-23, aquí pág. 23): “para entender el paso del Estado de su forma primigenia de la Monarquía absoluta al Estado democrático, es preciso introducir una tercera categoría, la de *nación*, asimismo clave en el pensamiento político de la modernidad europea. Cuando hace crisis la figura del monarca como portador de la soberanía del Estado, ésta se traslada a la nación. Ahora bien, el concepto de nación es aún más sutil e inaprensible que el de Estado. Al menos es menester delimitar dos conceptos: uno, el revolucionario, que remite al conjunto de los individuos que forman una sociedad, pero a diferencia del que soporta el de *sociedad civil*, ahora de nuevo se carga de contenido político y los miembros de una nación no son ya sólo individuos, sino *ciudadanos*, es decir, portadores de deberes y derechos políticos. Cuando la Revolución francesa deposita la soberanía en la nación, se inaugura el Estado democrático que va a terminar por cuajar en el siglo XX”.

revolución liberal, ni con las instituciones parlamentario-representativas que van surgiendo, y que pretende insertar a los derechos sociales en la teoría de los derechos humanos, que ha crecido en la modernidad en esas mismas perspectivas, como derechos individuales y civiles. Incidirá [...] en la generalización de los derechos políticos, y en el derecho de asociación, impulsándola frente a una inicial resistencia del pensamiento liberal conservador»⁴⁷².

Tres tesis se sostienen aquí. En primer lugar, la afirmación de que el Estado social no está en contraposición con los valores liberales. En segundo, el reconocimiento generalizado –no sin mediar previas luchas sociales– de los derechos políticos y de asociación; y, por último, el énfasis en los derechos sociales.

Nadie ignora que el gran telón de fondo que acompaña el surgimiento del Estado social es el auge del capitalismo como forma de producción. La llamada “modernización capitalista” va a implicar por una parte una mutación económica, social y política de enorme alcance. Como explica I. Sotelo, la misma conlleva una triple revolución. Por un lado, la revolución filosófica, con avance de la ciencia moderna; la política, con la creación del Estado nacional democrático de derecho, y la económica productiva, que brota de la conexión del racionalismo implícito en las ciencias naturales con el modo capitalista de producción, primera revolución científica tecnológica, que conocemos como ‘revolución industrial’. A la ‘revolución política’ se añade la ‘revolución industrial’ que proviene de enlazar el saber científico-tecnológico con el proceso productivo⁴⁷³. Pues bien, la revolución industria, a la vez que ofrece posibilidades antaño que difícilmente podíamos concebir, es una fuente de profundas desigualdades sociales, con los problemas que ello conlleva⁴⁷⁴.

⁴⁷² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y libertades*, núm. 6, 1998, pp. 15-34, aquí pág. 21.

⁴⁷³ Cf. SOTELO, Ignacio, *El Estado social. Antecedentes origen, desarrollo y declive*, Madrid, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, aquí pág. 118.

⁴⁷⁴ Los problemas tienen que ver con la situación (entonces) imperante, en la que, como explica G. Peces-Barba (Véase: “Orígenes doctrinales del socialismo democrático”, *Anuario de la “Residencia Fernández de los Ríos”*, 1995-1996, pp. 219-238 aquí pág. 224), se excluía sistemáticamente “de los beneficios máximos de la sociedad a la mayoría, a la que condenaba a una situación marginal, teniendo que ganarse el sustento con el esfuerzo de su propia fuerza de trabajo, en condiciones penosas de higiene y de seguridad, y con una participación de los niños y de las mujeres trabajando en jornadas de catorce o más horas. Casi al principio, lo de menos era la marginación política y cultural, porque lo que estaba en juego era la propia supervivencia y la satisfacción de las necesidades más básicas”.

La llamada «cuestión social» no es sino una forma de sintetizar todo lo anterior, es decir, de aludir a las consecuencias también negativas de la vida y el desarrollo industrial. Aquí deben tenerse en mente las jornadas inhumanas de trabajo, la enfermedad, la vejez o la propia muerte que van a suponer, suponen, retos para cualquier sociedad, por citar algunos ejemplos. Incluso el desempleo se aceptará como modalidad de «contingencia social»⁴⁷⁵. Es por ello que para algunos autores el Estado social significa «la adaptación del Estado [...] a las condiciones sociales de la sociedad industrial y post-industrial con sus nuevos complejos problemas, pero también con sus posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos»⁴⁷⁶. Que el Estado no intervenga supondrá siempre una toma de postura que adquiere tintes trágicos en determinados contextos. Pues bien, con este tipo de problemas en la agenda, tanto el auge de ideas igualitarias –v. gr. del socialismo francés⁴⁷⁷– como la insistencia de la necesidad de una mayor democratización de la vida pública, jugarán un papel de primer orden⁴⁷⁸. En lo que sigue, me voy a detener en algunos de sus antecedentes más destacados.

Entre ellos suele señalarse a Lorenz von Stein, un autor conservador. Ante todo, debe tomarse nota de su acentuado organicismo, propio de las teorías del Estado de la época⁴⁷⁹. Pues bien, este autor se ocupa tanto del socialismo como del comunismo realizando un agudo análisis del orden derivado de la revolución francesa.

⁴⁷⁵ Cf. BRIGGS, Assa, “The Welfare State in Historical Perspective”, cit., aquí pág. 19.

⁴⁷⁶ GARCÍA PELAYO, Manuel, (1977) “El Estado social y sus implicaciones”, en *Íd.*, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 2ª. Reimp. 1987, aquí pág. 18. Esta afirmación es importante a la luz de lo que más adelante se dirá.

⁴⁷⁷ De modo más particular, si se prefiere, y con una clara influencia en Stein, nos referimos al socialismo-jacobino francés desarrollado por Louis Blanc que recurre “a las nociones de fraternidad, asociación y solidaridad quiere proclamar el compromiso de la sociedad, pero también de los ciudadanos, de intentar garantizar el bienestar de todos los individuos”. Sobre el particular, puede verse: GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, José, “Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI, 1989, pp. 135-149, aquí pág. 141; o de modo más extenso, en: *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, Madrid, Siglo XXI, 1989; Véase también: ABENDROTH, Wolfgang, “Der Demokratische und Soziale Rechtsstaat als Politischer Auftrag”, *Europäische Verlagsantalt*, Frankfurt-Main, 1965 [trad. cast. de J. Puente Ejido, “El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político”, en: W. Abendroth *et. al.*, *El Estado social*, cit. pp., 11-42, por donde se cita, aquí p. 15-7.]

⁴⁷⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Diez lecciones de Ética, Poder y Derecho*, cit., aquí p. 76-77

⁴⁷⁹ Véase: STEIN, Lorenz Von, *Geschichte des sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 1850 [trad. parcial al cast. de E. Tierno Galván, *Movimientos sociales y Monarquía*, Madrid, CEC, 1981, por donde se cita, aquí pág. 11 ss.] Sobre estos aspectos, véase, por ejemplo, el prólogo de L. Díez del Corral que acompaña al citado tomo (“Lorenz Von Stein y la monarquía española”) pp. XVI y ss; o el estudio de GARCÍA PELAYO, Manuel, “La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 42, 1947, pp. 44-88.

Advertía que, no obstante haber consagrado la igualdad política: «la Constitución de 1795 impone un reparto desigualitario de la riqueza y que trae consigo una desigualdad creciente que termina por partir a la sociedad en dos bloques, el de la burguesía, que cuenta con los recursos materiales y espirituales necesarios para que cada quien despliegue su personalidad propia, y el del proletariado que se define, justamente, por depender de otros, sin poder llegar a ser uno mismo, una situación de la que no se puede escapar por el propio esfuerzo»⁴⁸⁰. Es decir, que «el Estado constitucional [monárquico] de su tiempo se basaba en el dualismo de la desigualdad social y de la igualdad de derechos políticos»⁴⁸¹. Por ello sostiene que «todo intento de ayudar a la clase inferior por la libertad política sin tener asegurada la independencia social es algo que carece de sentido, algo impensable, insostenible, contradictorio»⁴⁸². Stein introduce en el vocabulario político alemán la idea de dos clases enfrentadas como el sustrato en el que se mueve la sociedad post-revolucionaria⁴⁸³.

Ahora bien, podríamos preguntarnos ¿qué entiende Stein por socialismo? El autor germano concibe el socialismo como «el afán de llevar adelante las reformas necesarias para que el proletariado alcance el nivel de vida, material y espiritual, que le permita desarrollarse plenamente como persona»⁴⁸⁴. Va a avanzar una idea muy importante: que en la empresa de que el proletariado alcance un mayor nivel material y espiritual debe jugar un papel fundamental el Estado. Stein, en efecto, consideraba que el Estado tendía al desarrollo superior y libre de la personalidad de los individuos, mientras que la sociedad –sustentada sobre relaciones de propiedad, es decir, sobre la dominación de las cosas que se transforma en dominación sobre las personas y, con ello, estratificada en clases–, por contra, tendía a la dependencia, servidumbre y miseria fiscal y moral de la personalidad⁴⁸⁵. Para él, «la tarea de su tiempo consist[e]

⁴⁸⁰ Cit., por SOTELO, Ignacio, *El Estado social*, cit., aquí pág. 121

⁴⁸¹ FORSTHOFF, Ernst, “Verfassungsprobleme des Sozialstaats”, *Schriften der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft*, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 2ª. ed., Münster, 1961 [trad. cast. de J. Puente Ejido, “Problemas constitucionales del Estado social”, en: W. Abendroth *et. al.*, *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, pp. 45-67, por donde se cita, aquí pág. 61 y ss.]

⁴⁸² GARCÍA PELAYO, Manuel “La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein”, cit., aquí pp. 74-5

⁴⁸³ Como señala GARCÍA PELAYO, Manuel (“La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein”, cit., aquí pp. 51-52) Stein, al igual que Hegel, propugna la primacía del Estado. Sin embargo, a diferencia de éste, sí tiene en cuenta la relación dialéctica entre Estado y sociedad. Aquí, nos dice el profesor español, es patente la influencia de Saint Simon y su interpretación social de la historia: la organización política surge de las necesidades de una sociedad dada.

⁴⁸⁴ Cit. por: SOTELO, Ignacio, *El Estado social*, cit., aquí pág. 122.

⁴⁸⁵ Cf. GARCÍA PELAYO, Manuel, (1977) “El Estado social y sus implicaciones”, cit., aquí pág. 15

en elevar a las grandes masas del pueblo a la altura necesaria para que cada individuo pueda realizar la idea que tenga de su personalidad»⁴⁸⁶. De forma parecida al socialismo-democrático, señala que la función propia del Estado consiste «en acabar con la contradicción capital-trabajo, *sin suprimir ninguno de los dos*, ambos indispensables para la producción»⁴⁸⁷. Stein propugna por un Estado dotado de dinamismo, que enfrente la cuestión social, el gran problema de su tiempo, y que conociendo las fuerzas de la sociedad tenga un supuesto y una misión social⁴⁸⁸.

Además, debe destacarse el hecho de que Stein formula sus planteamientos y asertos en contraposición al marxismo. Como se sabe, el socialismo francés también ocupó un lugar privilegiado en la formación del joven K. Marx quien, no obstante, arribó a conclusiones diametralmente distintas a las de aquél. Dice Stein: «en su ansia de alcanzar una igualdad abstracta el comunismo termina por destruir las estructuras básicas del orden social»⁴⁸⁹. En esta tal afirmación, se aprecia una polémica de primer orden de la que no puedo ocuparme aquí en extensión. Dicha cuestión no es otra sino intentar precisar en qué sentido se apartan los valedores del Estado social del marxismo que, criticando el mismo estado de cosas, termina por defender la desaparición del Estado⁴⁹⁰. En todo caso, el asunto es escabroso desde el momento en que se alude a una tradición de pensamiento como la marxista que si por algo puede caracterizarse es por su complejidad, por sus diversas (cuando no dispares) interpretaciones⁴⁹¹. Y sin embargo, dada su influencia en el movimiento obrero internacional, o en la polémica sobre la vía reformista o revolucionaria para el cambio

⁴⁸⁶ Cit. por SOTELO, Ignacio, *El Estado social*, cit., aquí pág. 122. Una cita casi idéntica en el viejo trabajo del autor: “La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein”, cit., aquí pág. 53.

⁴⁸⁷ Cit., por SOTELO, Ignacio, *El Estado social*, cit., aquí pág. 123 (cursivas mías).

⁴⁸⁸ Cf. GARCÍA PELAYO, Manuel, “La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein”, aquí pág. 54

⁴⁸⁹ Cit. por SOTELO, Ignacio, *El Estado social*, cit., aquí pág. 124.

⁴⁹⁰ Como se ha dejado entrever anteriormente, para distinguirlo suele hablarse de ‘social-democracia’. Dicho socialismo democrático, explica con claridad GARCÍA PELAYO, Manuel (“Notas sobre la idea del Estado en la socialdemocracia clásica”, en *Íd.*, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 83-91, aquí pág. 83), no verían en el Estado “un simple epifenómeno de la lucha de clases, que desaparecerá con la cancelación de éstas, sino como una institución necesaria para la coexistencia, y la realización de las potencialidades humanas, cuya importancia y significación se acrecen a medida que el sistema económico se hace más complejo”. Véanse también: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio “Orígenes doctrinales del socialismo democrático”, cit., pp. 225 y ss. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La socialdemocracia” en: F. Vallespín, *Historia de la teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 212-261.

⁴⁹¹ Véanse entre nosotros: DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984, esp. la parte II, “Crítica marxista e instituciones democráticas”.

social, considero que sigue siendo de referencia obligada la crítica marxista al Estado y al Derecho en este breve itinerario.

Pues bien, a pesar de ser recordado a menudo como crítico del Derecho y del Estado, Marx no escribió, propiamente hablando, un tratado, una obra sistemática, ni de lo uno ni de lo otro⁴⁹². La interpretación que, en su obra, se hace del Estado (y del Derecho) parte de la *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel* y acude, con la idea de ofrecer una visión más completa, a otros escritos⁴⁹³. Claramente influido por Hegel, Marx, no obstante, va a advertir una aguda contradicción entre el Estado –como esfera de la razón y de lo universal– y los intereses particulares vinculados a la propiedad privada⁴⁹⁴. Con Feuerbach, «pone de cabeza» la construcción hegeliana: no es la idea la que culmina en el Estado la que constituye a la familia y a la sociedad burguesa, sino que «familia y sociedad burguesa hacen al Estado, son las fuerzas que lo empujan, en cambio, en Hegel son *hechas*, producto de la Idea». Con ello no sólo va a rechazar su método, su «misticismo lógico a-crítico», sino, sobre todo, los resultados que ha creído poder deducir con él⁴⁹⁵. Marx rechaza de Hegel, no el hecho de que separe la historia ideal de la historia real, sino que «subsuma a esta última sin haberla

⁴⁹² Según nos dice MAÍZ, Ramón [“De la superación del Estado a la dictadura del proletariado”, en: F. Vallespín (ed.), *Historia de la teoría política*, tomo IV, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 103-169, aquí pág. 103], constituye un ‘lugar común’ señalar esto. Sobre el tema, siguen siendo de gran utilidad los trabajos de BOBBIO, Norberto, “Marx e la teoria del diritto”, *Sociología del Diritto*, V, fascículo 2, 1978, pp. 279-285; así como “Marx e lo Stato”, publicado inicialmente como voz “Marxismo” en: N. Bobbio, N. Mateucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, Turin, Utet, 1983, pp. 634-640, [ambos tienen trad. cast. de L. Cabbib Levi e I. Rosas Alvarado, *Íd.*, *Ni con Marx ni contra Marx*, basado en la ed. de C. Violi, México, FCE, 1999, por donde se citan, pp. 185-197 y pp. 132-147 respectivamente].

⁴⁹³ A otros escritos, podría decirse, ‘de madurez’. En cualquier caso, lo importante es que en esa crítica se advierten dos elementos metodológicos que van a ser de primera magnitud en la construcción de su programa teórico: la crítica al apriorismo como crítica de la reproducción subrepticia y no mediada de la empiricidad, y la formulación de la tesis científica de lo particular y lo sensible para la fundamentación de una ciencia positiva de la sociedad; estos elementos, unidos, forman el presupuesto esencial de la teoría materialista de Marx. Véase: CERRONI, Umberto, “La critica di Marx alla filosofia hegeliana del diritto pubblico”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXVIII, 1961, pp. 281-308 [trad. cast.: “La crítica de Marx a la filosofía hegeliana del Derecho Público, AA. VV., *Marx, el Derecho y el Estado*, traducción, introducción y adaptación de J. R. Capella, Barcelona, Libros Tau, 1969, pp. 2-48, por donde se cita, aquí pág. 3]. N. Bobbio no duda en señalar que este escrito tiene en realidad más valor filosófico y metodológico que político, en el sentido de lo que le interesa principalmente a Marx en este escrito es la crítica al método especulativo de Hegel. Véase: “Marx y el Estado”, cit., aquí pág. 135.

⁴⁹⁴ MARX, Karl, *Kritik des Hegel’schen Rechtsphilosophie* (1843), Berlín, Verlag 1961 [trad. cast. de A. Encinares, *Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1974, con prólogo de A. Sánchez Vázquez, por donde se cita, aquí, pág. 6]

⁴⁹⁵ MARX, Karl, *Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel*, cit., aquí pág. 23 y ss.

investigado como real, o en otros términos, que en su obra la historia real aparezca subrepticamente como articulación de la historia ideal»⁴⁹⁶.

Lo anterior parece apuntar directamente contra el *dictum* hegeliano de que «lo real es racional y lo racional es real». Su método especulativo no sería sino una forma de legitimar, de enmascarar, un estado de cosas dado. A pesar de advertir acertadamente la separación Estado y sociedad civil, Hegel afirma su reconciliación a través del Estado. Así, Marx criticará de aquel su concepción del Estado como organismo, la exaltación de la monarquía constitucional, la interpretación de la burocracia como clase universal, la teoría de la representación por sectores contrapuesto al sistema representativo nacido de la Revolución francesa⁴⁹⁷. Y es precisamente sobre este último aspecto, en relación con la monarquía, donde Marx expresa con toda claridad las implicaciones que tiene el haber invertido las relaciones entre Estado y sociedad. En este texto –habla de «verdadera democracia», distinta a la representativa o, incluso, a la participativa– la democracia se presenta de forma radical. «La democracia –escribió Marx– es la verdad de la monarquía, pero la monarquía no es la verdad de la democracia. [...] La monarquía no puede ser comprendida en sí misma; pero la democracia sí. En la democracia ninguno de sus momentos adquiere otra significación que la que le corresponde. Cada uno de ellos no es realmente más que un momento del gran *demos*»⁴⁹⁸. La verdadera democracia llevará a la supresión del Estado puesto que, como dice Marx, «tal y como han

⁴⁹⁶ Cf. CERRONI, Umberto, “La crítica de Marx a la filosofía hegeliana del Derecho Público, cit., aquí pp. 21-22.

⁴⁹⁷ BOBBIO, Norberto, “Marx y el Estado”, cit., aquí. 136.

⁴⁹⁸ MARX, Karl, *Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel*, cit., aquí pág. 40. La cita completa continúa así: “Hegel parte del Estado y hace del hombre el Estado subjetivado; la democracia parte del hombre y hace del Estado el hombre objetivado. *De igual modo que la religión no crea al hombre, sino que el hombre crea la religión, la constitución no crea al pueblo, sino que el pueblo crea la constitución.* Desde cierto punto de vista, la democracia es a todas las demás formas políticas, como el cristianismo es a todas las otras religiones. El cristianismo es la religión por excelencia, la esencia de la religión, el hombre deificado en forma de religión particular. De igual modo la democracia es la esencia de toda constitución política, el hombre socializado como constitución política particular; es a las otras constituciones, como el género a sus especies con la diferencia de que el mismo género aparece aquí como existencia y por consiguiente como una especie particular, frente a existencias que no corresponden a la esencia. La democracia es a todas las otras formas políticas como la religión lo es a su Antiguo Testamento. El hombre no existe a causa de la ley, sino que la ley existe a causa del hombre: es una existencia humana, mientras que en las otras formas políticas el hombre es la existencia legal. Tal es la diferencia fundamental de la democracia”. (Véase: MARX, Karl, *Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel*, cit., aquí pág. 40-41, énfasis añadido).

interpretado los franceses modernos, *en la verdadera democracia desaparece el Estado político*»⁴⁹⁹.

El núcleo de la crítica marxista, no obstante, hay que ubicarlo en el énfasis que hará del Estado como instrumento al servicio de la burguesía⁵⁰⁰. Para dimensionar lo anterior es preciso detenerse un momento en el aspecto central de tal vinculación. N. Bobbio, entre muchos otros, ha destacado el hecho de que: «Marx considera al Estado, entendido como el conjunto de las instituciones políticas [...] pura y simplemente como una super-estructura respecto de la sociedad pre-estatal, que es el lugar donde se forman y desarrollan las relaciones materiales de existencia y, en cuanto super-estructura, destinado a desaparecer a su vez en la sociedad futura sin clases»⁵⁰¹. Esa sociedad futura cumplirá con su destino histórico de lograr la auténtica emancipación humana misma que, según Marx, no es equivalente a la emancipación política (de ahí su crítica a B. Bauer). Para aquél, explica Miliband, «el límite de la emancipación política se manifiesta inmediatamente del hecho de que el *Estado* puede liberarse de un límite sin que el hombre se libere *realmente* de él. Y que el Estado puede ser un Estado libre sin que el hombre sea *un hombre libre*». Muy por el contrario, «la emancipación humana sólo puede ser realizada trascendiendo a la sociedad burguesa que ha disuelto todos los vínculos genéricos entre los hombres y

⁴⁹⁹ Cit., por MILIBAND, Ralph, “Marx and State”, *The Socialist Revister*, 1965, pp. 278-296 [trad. cast.: “Marx y el Estado”, en: AA. VV., *Marx, el Derecho y el Estado*, cit., pp. 49-76, por donde se cita, aquí pág. 55].

⁵⁰⁰ A este respecto, afirma N. Bobbio (“Marx y el Estado”, cit., aquí pp. 140), que “aunque sin descuidar las formas de poder político en otros tipos de sociedades, distintas de la burguesa, Marx concentró su atención y reunió la gran mayoría de sus reflexiones sobre el Estado burgués. Cuando él habla del Estado como del ‘dominio’, o como del ‘despotismo’ de clase, o como la ‘dictadura de una clase sobre la otra, el objeto histórico es casi siempre el Estado burgués”. Citará en apoyo de esta afirmación uno de los primeros trabajos de Marx –*Debates contra la ley de robos*– donde este último había hecho notar que el interés del propietario de bosques era ‘el principio determinante de toda la sociedad’, con la consecuencia de que: ‘Todos los órganos del Estado se vuelven orejas, ojos, brazos, piernas, con los cuales el interés del propietario escucha observa, valora, provee, aferra y camina’.
(*Ibid.*, aquí pág. 141)

⁵⁰¹ BOBBIO, Norberto, “Marx y el Estado”, cit., aquí pp. 137-138 (cursivas mías). En sentido similar A. Máiz: ‘el Marx de madurez, integra el Estado como un elemento clave del sistema de dominación, pero lo considera, sin embargo, como un epifenómeno de la sociedad civil, producto de la existencia de las clases sociales y destinado a desaparecer en cuanto se suprime la infraestructura que lo origina. Análisis que se complementa, además, con la concepción del Estado como un instrumento de la clase dominante, transmisor de su voluntad e intereses económicos. Será volviéndolo, a su vez, instrumento de sus intereses universales como la clase trabajadora procederá a través de la dictadura del proletariado a la supresión coactiva de la economía capitalista’. Véase: MÁIZ, Ramón “De la superación del Estado a la dictadura del proletariado”, cit., aquí pág. 135.

los ha sustituido por egoísmo y la necesidad individual, que ha disuelto el mundo de los hombres en un mundo de individuos atomizados, hostiles entre sí»⁵⁰².

Lo destacable, pues, es que la relación que Marx establecerá entre Estado y sociedad es unidireccional. La autoridad estatal vista únicamente al servicio del propietario. Para aquél el poder político del Estado moderno, como «violencia concentrada y organizada de la sociedad»⁵⁰³ según su propia definición en *Das Kapital*, no es sino «un comité de administración de los asuntos comunes de toda la burguesía»⁵⁰⁴. De esta forma, se cancelará cualquier otra consideración del Estado, es decir, la posibilidad de que éste –v. gr. en la medida en que se democratice– pueda servir a la sociedad en su conjunto. De hecho, parecería que para Marx el Estado está aquejado de un mal congénito pues no puede ser un aparato neutral por encima de las partes. Esto significa que no basta con la conquista de dicho aparato o la penetración en él para cambiar el estado de cosas existentes. Para utilizar una analogía: si el Estado es una máquina, lo es de aquellas que no pueden manipularse puesto que vienen ya «programadas»⁵⁰⁵. El Estado es un instrumento al servicio exclusivo de la clase dominante, de la burguesía.

El hecho diferencial, en definitiva, que va a separar al comunismo, con su inexorable misión histórica de abolir la lucha de clases, es, precisamente, que la revolución del proletariado acabará con cualquier forma de dominación (política). Mientras que las anteriores se habían limitado a sustituir una forma de dominación por otra cuando no, incluso, a perfeccionar el aparato estatal; la revolución proletaria, por el contrario, se dirige a la extinción del Estado, a la supresión del aparato que perpetúa la opresión de clase. Ahora bien, es importante destacar que entre la sociedad burguesa y la sociedad liberada hay un estadio intermedio. En palabras de Marx: «entre la sociedad capitalista y la sociedad comunista media el periodo de transformación revolucionaria de la primera a la segunda. A este periodo corresponde también un periodo político de transición, cuyo Estado no puede ser otro que la

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ Según la propia definición que da Marx del Estado en *Das Capital*.

⁵⁰⁴ Cit., por MILIBAND, Ralph, “Marx y el Estado”, cit., aquí pág. 57.

⁵⁰⁵ Cf. BOBBIO, Norberto, “Marx y el Estado”, cit., aquí pág. 144. Incluso cuando no sea directamente la clase burguesa la que gobierne, ello no afectará –como muestra el bonapartismo– su dependencia. De ahí que en el *Dieciocho brumario de Luis Bonaparte* (1852), sostenga Marx que, incluso aquí, donde existía menor tensión entre opuestos, aquél «representa a una clase, la más numerosa de la sociedad francesa: la de los pequeños propietarios campesinos».

dictadura revolucionaria del proletariado»⁵⁰⁶. Tal dictadura será, ante todo, dominio de la clase obrera. Para caracterizarlo suele acudir al periodo de la Comuna de París y entre sus notas encontraríamos: la «supresión del ejército y de la policía asalariada, y su sustitución por el pueblo armado; funcionarios o de elección o bajo el control popular, y por lo tanto responsables y revocables; jueces elegibles y revocables; abolición de la tan mentada pero ficticia división de poderes»⁵⁰⁷.

Esto último es muy significativo. El pasaje deja ver claramente su desdén hacia dos de los pilares del Estado de Derecho tales como la independencia de los jueces o de la división de poderes misma. Ya se ha señalado aquí que no existió propiamente una teoría marxista ni del Estado ni del Derecho y que, en cambio, sí hubo la promesa utópica de su futura extinción⁵⁰⁸. Creo que ello muestra una ambivalencia en el planteamiento de la democracia marxista y que ya había sido destacada también por H. Heller, otra figura clave para comprender el desarrollo del Estado social. Más allá de que su vida y obra sinteticen la tragedia de la República de Weimar⁵⁰⁹, Heller –miembro del *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (SPD),

⁵⁰⁶ MARX, Karl, *Kritik des Gothaer Programms*, 1873. [trad. al cast.: “Crítica al programa de Gotha”, en: K. Marx y F. Engels, *Obras escogidas en dos tomos*, Editorial Progreso, Moscú, 1971, por donde se cita, pp. 5-29, aquí pág. 24]

⁵⁰⁷ BOBBIO, Norberto, “Marx y el Estado”, cit., aquí pág. 144.

⁵⁰⁸ Comentando la crítica de Bobbio al marxismo italiano, L. Ferrajoli ha señalado precisamente que lo anterior fue uno de sus errores fundamentales. En efecto, el desprecio mostrado por marxismo hacia el Estado y consiguientemente hacia Derecho supone italiano «la consagración del mayor error teórico y estratégico del comunismo real: la devaluación del derecho como conjunto de reglas, límites y controles impuestos al poder político, y por ende la confianza en un poder bueno que estaría destinado a triunfar junto con la victoria del sujeto revolucionario». Véase: FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, trad. de M. L. Juanatey, *Doxa*, núm. 28, 2005, pp. 15-36, aquí pág. 30.

⁵⁰⁹ Sobre el sentido de la obra de Heller: NIEMEYER, Gerhart, “Vorwort” en: Heller, Hermann, *Staatslehre*, Sijthoff, Leiden, 1934, [trad. cast. de L. Tobio, “Prologo” en: HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, FCE, (1942), 6ª. reimp. 1971, por donde se cita, aquí pp. 7-16]; TREVES, Renato, “La dottrina dello Stato di Hermann Heller”, [trad., cast. de R. Pulido y F. Giacobello, “La doctrina del Estado de Hermann Heller”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 25-26, 1957, pp. 341-364, por donde se cita]; LA TORRE, Massimo, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y Derecho en la obra de Hermann Heller”, trad. de A. Lastra en: Heller, Hermann, *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996, pp. 7-54; DYZENHAUS, David, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press, 1997; LÓPEZ PINA, Antonio, “Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller”, pp. 9-18; “Epílogo: Hermann Heller y España”, pp. 337-382. ambos en: HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, prólogo y selección de A. López Pina, Madrid, Alianza, 1985, pp. 9-18; RUIPÉREZ, Javier, “Hermann Heller marcha hacia el exilio. (Un ensayo de teoría del pensamiento político y constitucional)”, *Revista de Derecho Político*, UNED, 551-624, entre otros.

estudioso del fascismo⁵¹⁰ – ensayó una vía intermedia en su *Teoría del Estado* respecto a autores como H. Kelsen y C. Schmitt, pero también respecto al marxismo revolucionario. En el plano jurídico Heller fue, en efecto, crítico tanto de la *Teoría pura del derecho* del primero como del decisionismo a ultranza del segundo –si bien con alguna simpatía inicial–⁵¹¹. En el plano político, era cercano de F. Lasalle alejándose tanto del materialismo histórico como del internacionalismo profesado por el comunismo y que, entonces, se incluían en el programa del SPD. Heller es sin duda alguna uno de los principales eslabones del Estado social en Europa. Por ello, estimo necesario una breve referencia a su trabajo para encuadrar bien el desarrollo de una concepción amplia del Estado de Derecho que, a mi juicio, no se comprende cabalmente sin tener presente su planteamiento.

Pues bien, el título y contenido de su trabajo *Socialismus und Nation* sintetizan bien su postura. Ante todo, Heller reconoce las valiosas contribuciones de Marx: su ‘apasionada vocación de justicia’, que apelara a ‘convicciones morales’ para denunciar ‘la opresión, la explotación, la avaricia o el ansia de lucro’; que alentara el ‘magno deber’ de la clase trabajadora a conquistar el poder político⁵¹². También destaca que haya tenido el mérito incuestionable de haber reaccionado contra toda tentativa de aislar al Estado de la realidad de la vida social y de haber afirmado la totalidad de esta vida precisamente en una época en que dominaba un especialismo morboso y la investigación de los hechos caía en un positivismo superficial⁵¹³. Por un lado, valora que haya denunciado la explotación, la dominación; mientras que, por

⁵¹⁰ Véase: HELLER, Hermann, *Europa und der Faschismus*, Berlín, 1929 [trad. cast. de F. J. Conde, “Europa y el Fascismo”, en: *Íd., Escritos políticos*, cit., pp. 21-132]. Un estudio exhaustivo de su tratamiento del fascismo –con duras críticas al positivismo jurídico de cuño kelseniano– puede verse en los trabajos de: MONEREO PÉREZ, José Luis, “Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller (I)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 6, 2006, pp. 357-421; *Íd.*, “Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller (II)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 379-420, ambos con abundante bibliografía.

⁵¹¹ Véase: TREVES, Renato, “La doctrina del Estado de Hermann Heller”, cit., pp. 345 y ss.; DYZENHAUS, David *Rechtsstaat (Legality and Legitimacy)*, cit., quí pág. 165), destaca el hecho de que el concepto de Derecho de Heller se aparta del positivismo de Kelsen: su idea de Derecho se establece relativizando el Derecho positivo a un derecho suprallegal, lógica y éticamente, a unos principios jurídicos fundamentales que estima importantes para su comprensión del En el mismo sentido, LA TORRE, Massimo, (“Un jurista en el crepúsculo de Weimar”, cit., aquí pág. 33) hace notar, por una parte, que, en un primer momento, el imperativismo de Heller se inspira en el decisionismo de Schmitt; así como su cercanía con el último G. Radbruch (p. 45).

⁵¹² Cf. HELLER, Hermann, *Socialismus und Nation*, Berlín, Arbeiter-Jugend, 1925, [trad. cast. de S. Gómez Arteché a la 2ª ed. (1931): “Socialismo y nación”, *Íd., Escritos políticos*, cit., pp. 135-223, por donde se cita, aquí pp. 137-138.]

⁵¹³ Cf. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, cit., aquí pág. 118.

otro, reconoce la importancia que tuvo el énfasis societal de su análisis. No obstante, Heller también fue un duro crítico del marxismo. Se dijo incluso ‘desconcertado’ «por la asombrosa incompreensión que para el Estado mostraron Marx y Engels»⁵¹⁴.

Para entender su posición, es importante tener presente que para Heller el Estado no es sino «la asociación que asegura en un determinado territorio la coordinación de todas las acciones sociales y, en última instancia, las asegura a través de la coerción»⁵¹⁵. Invierte nuevamente la relación Estado-sociedad en favor del primero. Frente a Marx, consideraba que «ciertamente, puede y debe considerarse el Estado actual como Estado de clase y como medio de explotación económica de una clase por la otra, *pero esta virtualidad suya no es ni exclusiva ni necesaria*»⁵¹⁶. No toda la realidad social puede reducirse a la economía. Heller ironizó sobre el materialismo histórico, sobre el indefectible advenimiento del socialismo⁵¹⁷ y enfatizó el hecho de que resulta inútil para articular principio alguno de acción política. «Que el materialismo histórico –escribió– sea un método relativamente justificado de investigación es tan cierto, como que los resultados de esa investigación, aplicados críticamente, pueden no ayudar al obrero socialista a entender la actualidad social; más no es menos, que dicha teoría es absolutamente inservible como principio de la acción»⁵¹⁸.

Estrechamente vinculado a lo anterior, Heller denuncia con insistencia en varios escritos la ilusión, en algún sentido romántica, que atribuye al concepto de Estado manejado por Marx y Engels. Particularmente, les reclama que hayan

⁵¹⁴ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pág. cit., 178.

⁵¹⁵ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pág. 181, entre otras.

⁵¹⁶ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pág. 184 (cursivas mías). En efecto, podemos leer en un pasaje de escrito por Heller: ‘Marx y Engels ven solamente la generalidad de la economía, no pueden llegar hasta la generalidad autónoma de propia de otras esferas de la vida y, en particular a las regularidades universales propias de la política». O en este otro: «[al ver] solamente abstracciones económicas y no la realidad viva, el Estado y la acción política le parece[n] nada más que un enojoso accesorio de la economía social’. Cf. HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pp. 180-181. En sentido similar, observa R. Treves (“La doctrina del Estado de Hermann Heller” cit., aquí pág. 355) que tal sería el error de los marxistas: ‘subordinar por completo la actividad estatal a la actividad social y entender ambas actividades de modo unilateral, es decir, como actividad exclusivamente económica’.

⁵¹⁷ Escribe Heller al abrir *Socialismus und Nation*: ‘¿por qué soy socialista? ¿Tal vez porque me van mal las cosas, y a los demás bien? ¿O acaso, debido a que mi pensamiento político, moral y religioso es solamente un reflejo de mi situación económica? Esto puede ser verdad para la inmensa mayoría de los hombres. ¿Pero son tales las únicas y esenciales explicaciones del socialismo? No, respondes, soy socialista, porque he tomado conciencia de que el progreso indefectible de las relaciones de producción debe conducir al socialismo’. (HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pág. 136.)

⁵¹⁸ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pág. 161

inoculado la ilusión de su desaparición futura, esto es, la ilusión de que «tan pronto hayan desaparecido las diferencias económicas de clase, cesará de existir toda potestad del Estado»; la creencia de «que el género humano, uno, igual y libre, podrá vivir pacíficamente en anárquica armonía y en ausencia de toda coerción»⁵¹⁹. Es precisamente por ello, como se dice a menudo, que puede acusárseles de anarquismo: al valorar negativamente al Estado, el marxismo «representa, a fin de cuentas, una teoría anarquista, con todos los defectos (en particular el extremismo y el utopismo de la doctrina anarquista, pero sin las ventajas que ésta ofrece por ser explícito su rechazo al poder político»⁵²⁰.

Tanto el materialismo histórico como su apreciación del Estado alejan del comunismo a Heller, quien, no obstante, se mantiene en la denuncia contra la opresión. Lo que caracteriza al socialismo es rebelarse contra la explotación, contra las relaciones externas –que, a diferencia de lo que se piensa en la doctrina liberal, no son en modo alguno un fenómeno natural⁵²¹–, contra las relaciones económicas, que deciden cuál ha de ser la participación de cada uno en educación y formación en poder social y dignidad⁵²². El fundamento último de la auténtica esencia del socialismo –nos dice– reside en «la idea de justicia social, en una voluntad ordenada a la ayuda mutua y a una comunidad recta, en la conformación ética de nuestras recíprocas relaciones»⁵²³. De ahí que «si se quiere ayudar a formar hombres plenos debe avanzarse desde una justicia jurídico-formal hasta una justicia económico-material»⁵²⁴. Se es socialista porque se aspira «a que reine en el género humano tanta

⁵¹⁹ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pág. 184.

⁵²⁰ LA TORRE, Massimo, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar”, cit., aquí pág. 11. Escribe en tal sentido Heller: “socialismo presupone estar pronto a inordinación y subordinación. No puede pensarse en construcción alguna del socialismo si antes no se ha erradicado completamente tan confuso utopismo liberal anarquista. Necesidades de agitación incitaron a Marx y a Engels a su concepción del Estado: querían arrebatar sus banderas a los anarquistas. [...] La contradicción entre libertad y coerción no es sino la que entre individuo y comunidad vive todo hombre cotidianamente, esto es, una contradicción que sólo podría allanarse efectivamente con la suspensión de la sociedad humana. A partir de tal supuesto es como hay que juzgar la pretensión de que el Estado se disuelva en la sociedad, y la profecía marxiana de un paraíso en la tierra, que legará cuando ‘en la confirmación de la potencia política el hombre ya no aparte de sí la potencia social’.” (HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit. aquí pp 191-192).

⁵²¹ Véase: DYZENHAUS, David, *Legality and Legitimacy*., cit., aquí pp. 168 y ss.

⁵²² Cf. HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pp. 139

⁵²³ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pp. 138

⁵²⁴ Cf. HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pág. 139.

libertad y tanta igualdad, como en cada momento lo permita la situación general»⁵²⁵; eso sí, enfatizando que nunca pueden ser absolutas.

La cuestión para nuestro autor no es pues la supresión del Estado⁵²⁶ sino la articulación de uno que pueda trascender intereses particulares, erigirse como instancia superior y, sobre todo, que sea capaz de organizar una economía de tipo social. El socialismo «no es supresión, sino ennoblecimiento del Estado. Tanto más próximo estará el trabajador del socialismo, cuanto más positivamente considere el fenómeno del Estado»⁵²⁷. Este me parece que es un punto clave. Por lo demás, Heller es consciente de la importancia que para la economía tiene el Estado y viceversa. Por ello no puede suprimirse uno sin trastocar al otro. Esto nos lleva al segundo punto destacado: el socialismo propugnado por él se caracteriza por pretender un justo señorío sobre la economía. Y ello es así, porque ese ‘justo señorío’ se considera necesario para que la comunidad pueda realizar aquel ideal de justicia. Es decir, se requiere que el Estado y otras corporaciones dispongan de poder económico propio, que a la propiedad privada pueda contraponerse una propiedad –aunque no necesariamente estatal– pública, socialista⁵²⁸. En definitiva, lo que interesa aquí es el Estado entendido a la manera Lasalle, esto es, como garantía del obrar conjunto de los hombres, como el «punto de Arquímedes» situado por encima de la sociedad; que, a diferencia del ‘Estado gendarme’, añade la solidaridad de intereses, la comunidad y la reciprocidad en el desenvolvimiento⁵²⁹.

Otro aspecto del pensamiento de Heller es su marcado nacionalismo. En efecto, para él, en la perspectiva socialista la forma nacional de vida aparece como el sentido de sus empeños: ser socialista –escribe– «significa necesariamente ser también nacional y viceversa»⁵³⁰; o que la nación «debe ser un valor, no tanto en consideración a la presente forma capitalista, sino sobre todo de cara a la posibilidad de una futura y superior existencia nacional». La lucha social debe tener siempre un

⁵²⁵ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pp. 192

⁵²⁶ “Ningún hombre razonable puede rechazar al Estado como institución” Cf. HELLER, Hermann, “Staat, Nation und Sozialdemokratie”, 1925. [trad. cast. de S. Gómez, “Estado, nación y socialdemocracia, en: *Íd., Escritos políticos*, cit., pp. 21-132].

⁵²⁷ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pp. 193

⁵²⁸ Cf. HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pp. 139. De tal forma que ‘el Estado socialista se caracterizará por la soberanía sobre la economía, no por una economía de Estado, y mucho menos por la disolución del Estado en la economía’. (pág. 183)

⁵²⁹ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pp. 139.

⁵³⁰ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pp. 168.

ámbito concreto, delimitado, no como propugnó el comunismo de de la III Internacional. El obrero, por su parte, debe combatir en el frente apropiado: «debe saber que uno solamente llega a ser hombre en una comunidad nacional de cultura»; o que, el verdadero socialismo «no debe construirse en el aire, sino en una comunidad concreta»⁵³¹. El profesor La Torre considera que este es uno de los aspectos más sobresalientes de su pensamiento: que se trata de un autor nacionalista y «no precisamente de los más blandos». No obstante, nos dice el profesor italiano, su tono nacionalista posteriormente se atenúa –por ejemplo, su trabajo *Die politishche Ideenkreise der Gegenwart* concluye señalando de la necesidad de transitar hacia los Estados Unidos de Europa; que estima necesarios para rejuvenecer el viejo y estanco continente⁵³².

La postura de Heller, por último, no se entiende sino en un contexto determinado. La alternativa que él veía consistía precisamente en la idea de un Estado social. Un Estado con sus contenidos económicos y sociales, con una intervención efectiva en el orden económico, que superara el inmovilismo del Estado liberal, el capitalismo salvaje; o, frente a ello, la dictadura fascista –alimentado en parte por demandas de orden, paz o estabilidad de parte de la población–. En *Rechtsstaat oder Diktatur?* lo expresa en toda su crudeza:

«el futuro de la cultura occidental –escribió– no está amenazado por la ley y por la extensión de ésta a la economía, sino justamente por la anarquía y por la forma de manifestarse ésta en la política, por la Dictadura, así como por el frenesí anárquico de esta producción capitalista que padecemos, que ni a los trabajadores manuales ni a los intelectuales deja el ocio y la oportunidad que reclama para una actividad cultural creadora. Al caer en la cuenta de todo esto y ante el parloteo irresponsable de racionalistas sin sangre en las venas y de

⁵³¹ HELLER, Hermann, “Socialismo y nación”, cit., aquí pp. 176. Leemos en otra parte de *Socialismus und Nation*: ‘en lugar de educar a los socialistas para una colaboración positiva en el Estado, en el municipio, el partido, el sindicato o la cooperativa, en los institutos de conciliación y arbitraje, comités de empresa, consejos de padre de familia, etc., en lugar de hacerles inteligibles en el espíritu socialista las relaciones concretas nacionales y sobre todo internacionales de poder, se les atiborra, como siempre, con equívocos y casi siempre mal comprendidos cursos de concepción materialista de la Historia, plagados de oscuras e inasequibles abstracciones, ¡de generalidades!, Formarse es en primer lugar, encararse con el tesoro cultural de la nación, formación política requiere primerament experiencia y cooperación en el Estado nacional’. (*Ibid.* aquí pág. 202)

⁵³² Cf. LA TORRE, Massimo, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar”, cit., aquí pág. 15.

irracionalistas sedientos de sangre deberían invadirles una misma náusea invencible y entonces habría al fin recaído la decisión en el dilema entre Dictadura faciscta y Estado social de Derecho»⁵³³.

Heller vive la crisis del liberalismo, del parlamentarismo y, con ellas, el avance de los regímenes totalitarios durante la primera mitad del siglo XX. Discute, tomando el título de un trabajo citado, «en el crepúsculo de Weimar», uno de los momentos más interesantes y dramáticos de la historia moderna de Europa y de la humanidad entera: cuando los protagonistas se pierden en la espiral de una obsesión irracional y cruenta⁵³⁴.

2.2 EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Concluída la Segunda Guerra Mundial se dio un consenso lo suficientemente amplio que posibilitó que el Estado social adquiriera carta de naturalización. Dicho Estado no es sino la plasmación jurídica de un ideal normativo que tiene como fundamento la igual dignidad de las personas, que pretende dotar a los derechos, además, de una base, de un contenido, material. Con él ya no sólo se buscaba hacer frente a la llamada «cuestión social»⁵³⁵. También fue acompañado normalmente por una profundización en los derechos de participación política. No es casual, por ello, que adquiriera también el adjetivo de «democrático»⁵³⁶. Varios países consagraron en sus textos

⁵³³ HELLER, Hermann, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, *Die Neue Rundschau*, 1929 [trad. cast. de S. Gómez en: *Íd., Escritos políticos*, cit., pp. 283-301, por donde se cita, aquí p. 301]

⁵³⁴ De modo más amplio, del mismo autor, véase: LA TORRE, Massimo, *La crisi del novecento. Giuristi e filosofi nel creposcolo di Weimar*, Bari, Edizione Dedalo, 2006.

⁵³⁵ Véase, entre otros: BENDA, Ernst, “Der soziale Rechtsstaat”, en: E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1994 [trad. cast. de A. López Pina, “El Estado social de Derecho”, en: E. Benda, *et. al, Manual de derecho constitucional*, 2a ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 487-559, por donde se cita, aquí pág. 489] donde señala que, al haber reconocido la LF alemana en sus artículos 1.3 y 20.1 y 3.3, el Estado social, se trata también de “un Estado material’ que pretende atender la ‘cuestión social’. Para Benda, como para tantos otros, ‘no es sorprendente que la vieja concepción liberal-burguesa de Estado de Derecho no fuera capaz de dar respuesta a la cuestión social –obviamente, un tal problema material no es planteable a una perspectiva exclusivamente formal”.

⁵³⁶ En realidad, como señala ABENDROTH, Wolfgang (“El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político”, cit., aquí pág. 30), la unión de ambos vocablos no es casual puesto que, como proyecto político, efectivamente, el Estado social y democrático de Derecho no sólo encierra exigencias concretas del particular frente al poder público, sino que tiene pleno sentido cuando pone de manifiesto que una democracia sólo puede funcionar si ésta se extiende a toda la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico.

constitucionales la fórmula «Estado federal, democrático y social» o de «Estado social y democrático de Derecho» (respectivamente, tal es el caso alemán y español). Pues bien, en lo que sigue me centraré en dicha recepción abundando en la problemática jurídica de su articulación o sus distintas interpretaciones. Antes, permítaseme una breve aclaración terminológica.

Entre las distintas acepciones utilizadas para referirse al Estado que «reparte, distribuye y adjudica, que no abandona al individuo en su situación social sino que acude en su ayuda mediante subsidios» y que, además, «profundiza en la democracia, en la participación», generalmente, se utiliza la expresión de «Estado social»⁵³⁷. Sin embargo, en otras ocasiones, para referirse al mismo fenómeno, se utiliza la expresión «Estado de bienestar» (*Wohlfahrtsstaat*) que, en estricto sentido, no es equivalente⁵³⁸. Una forma de distinguirlos sería la siguiente: mientras que el Estado social surgió en la última parte del siglo XIX –con la aparición de la seguridad social asociada a O. von Bismarck–, el *Wohlfahrtsstaat* se vincula a un socialismo más radical y que veía al capitalismo incompatible del todo con la dignidad humana⁵³⁹. El primero no pretende cuestionar el modo de producción aludido sino que, incluso, ha servido para apuntalarlo. El segundo, por el contrario, sí pretendía sustituirle como modelo de producción y distribución de riqueza⁵⁴⁰. Con todo, parece un uso extendido en la literatura equiparar, sin más, a ambos⁵⁴¹.

⁵³⁷ Cf. FORSTHOFF, Ernst, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, aquí pág., 86.

⁵³⁸ Conviene tener presente que esta denominación germana es distinta de la anglosajona *Social Welfare State* que tiene sus orígenes más bien en el informe Beveridge, y que encontró un fuerte respaldo en las doctrinas económicas de Keynes. Véanse: BRIGGS, Assa, “The Welfare State in historical Perspective”, *Archives Européennes de Sociologie*, II, 2, 1961, pp. 221-258; GARCÍA PELAYO, Manuel, “El Estado social y sus implicaciones” cit., p. 50 y ss.

⁵³⁹ U. Preuss, en línea de lo mencionado anteriormente, distingue, el *Socialstaat* que tiene en la emancipación política y económica de la clase obrera su finalidad principal y característica principal, del *Welfare State* de origen británico, que está unido a la teoría económica desarrollada por John Maynard Keynes quien –hablando en términos muy generales– explicó que la crisis del capitalismo a finales de los veinte y principios de los años treinta del siglo pasado estuvo basada como no en la falta de oferta sino en la falta de demanda, es decir, en la falta de poder adquisitivo de las masas. Véase: PREUSS, Ulrich K., “The Concept of Rights and the Welfare State”, en: G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1988, pp. 151-172, aquí pág. 152.

⁵⁴⁰ Por ejemplo, STEIN, Klune define la voz “Estado de bienestar” como “forma de gobierno en la que el Estado, mediante el uso de la legislación, asume la responsabilidad de proteger y promover el bienestar básico de todos sus miembros” [en: V. BODGANOR, (dir.), *Enciclopedia de las Instituciones Políticas*, Madrid, Alianza Editorial, 1991, aquí pág. 271]. El matiz, está en el por qué de dicha función. Paradigmática sobre la conciencia transformación radical fue la Constitución de Weimar donde, nos dice I. Sotelo, ‘se diseña por primera vez lo que luego hemos de conocer como el Estado de Bienestar, aunque en los años veinte en Alemania se hablase de Estado social para referirse a este segundo tipo. En todo caso, el Estado de bienestar implica un salto cualitativo que consiste en poner en

Esto debe destacarse para no dejar lugar a dudas. Como explica el profesor Peces-Barba, la pretensión de un Estado social y democrático de Derecho es *buscar igualdad sin suprimir libertad* ni apartarse de las instituciones establecidas constitucionalmente; ni mucho menos abandonando el Estado parlamentario representativo. Las dimensiones de dicha pretensión eran compartidas -cito en extenso-:

«desde diferentes posiciones doctrinales por el pensamiento conservador consciente de las necesidades de las concesiones para mantener los intereses y el poder de la burguesía liberal y por un socialismo democrático o liberal que desconfiaba ajeno al marxismo que desconfiaba de la libertad. [...] Los fundamentos doctrinales del Estado social serán, pues, la solidaridad o fraternidad y la igualdad material que no se contraponen sino que se suman a los valores liberales de la asunción de la libertad y la igualdad formal [...]. Supondrá también la profundización moral de la democracia, aparecen en la ética pública del Estado social como la paz, el medio ambiente, y el desarrollo, un protagonismo del Estado que amplía sus funciones garantizadoras y represoras del propias del Estado liberal. El Estado ya no será un mal sino un bien, y poco a poco se reconocerá el protagonismo de la clase trabajadora, que se consolidará en el reconocimiento del derecho de asociación y con la progresiva extensión del sufragio hasta llegar, ya en el siglo XX, al sufragio universal masculino y femenino»⁵⁴².

tela de juicio el sistema capitalista de producción, al dar por supuesto que necesita de reformas sustanciales para no vulnerar la dignidad de la persona. La idea de que el capitalismo es incompatible con la dignidad humana es una de las ideas fundamentales del socialismo decimonónico, que articula el título V de la Constitución de Weimar'. (Cf. SOTELO, Ignacio, *El Estado social*, cit., aquí pág. 197).

⁵⁴¹ Entre nosotros, el profesor FERNÁNDEZ, Eusebio ("Estado, sociedad civil y democracia" en: AA. VV., *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 81-160, *passim*) utiliza la expresión 'Estado de bienestar social' para referirse, estimo, indistintamente a nuestro objeto de estudio aunque, si entiendo bien, para él no se trata de una disputa nominal. En el ámbito de la dogmática, por ejemplo (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, "El Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 139-180, aquí pág. 140), no obstante reconocer sus múltiples interconexiones, parece zanjar la cuestión sosteniendo que el Estado social es un concepto normativo-jurídico mientras que el de Estado de bienestar es un concepto socio-político; Véase también: VALLESPIN OÑA, Fernando, "Estado de bienestar y constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, pp. 125-38.

⁵⁴² Cf. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Diez lecciones de Ética*, cit, aquí pp. 77-78.

Para comprender el núcleo del Estado social y sus implicaciones conviene acudir a dos nociones que considero están en el núcleo de su desarrollo. La primera es la de «procura existencial» [*Daseinsvorsorge*]. Con ella, se alude a aquella situación en la cual los individuos pierden su capacidad autónoma de supervivencia. «Los desarrollos de la vida moderna –escribió E. Forsthoff, a quien se reconoce la creación del concepto– tienen una gran repercusión para la estructura del Estado. La renuncia al ámbito espacial dominado supone a la vez renuncia a garantías sustanciales en la existencia individual. El individuo vive en una situación de notoria necesidad. Para obtener lo que exige su subsistencia necesita de medidas organizadas y amplios mecanismos de abastecimiento»⁵⁴³. Ahora bien, con el avance de hacia la denominada sociedad post-tradicional, que ha dejado de ser agraria, con el auge de la economía de mercado o con las consecuencias desastrosas de la etapa bélica –recuérdese que una economía planificada no sólo es una de tipo social sino, sobre todo, una economía de guerra– se vio con claridad lo que afectaban tales transformaciones en las condiciones de la existencia individual. De tal forma que «pasó a ser competencia del Estado la adopción de *medidas* que permitieran a los ciudadanos subsistir»⁵⁴⁴.

La segunda idea a tener en cuenta es de la «materialización del Derecho». Mejor dicho, más que una idea se trata de un proceso en la que se ve inmerso el Derecho (y el Estado), característico de la juridificación del Estado social. Tiene que ver con el aumento de la densidad regulativa, con la profundidad con que se pretende normar las funciones que le son asignadas en un entorno cada vez más complejo. Una

⁵⁴³ FORSTHOFF, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social” cit., aquí pág. 48. Ahora bien, Forsthoff distingue entre un ‘espacio vital dominado’, que, según el autor, se significa aquel ‘que está de tal manera colocado el individuo que éste puede considerarse dueño de dicho espacio, sin que necesariamente sea el derecho de propiedad el que lo coloque y mantenga dicha posición de dominio en ese espacio vital’. Por otra parte, habla de un ‘espacio vital efectivo’ que ‘se significa aquel espacio en el que *fácticamente* se desarrolla la existencia de cada uno’. Pues bien, esto es precisamente lo que se ha visto transtocado, entre otras cosas, tanto por el auge del capitalismo como por las consecuencias de la guerra. Véanse también: FORSTHOFF, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft*, C. H. Beck’sche, München, 1971 [trad. cast. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñoz, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, CEP, 1975, por donde se cita, aquí p. 120 y ss.]; MAGALDI, Nuria, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social*, Bogotá, Universidad Externado, Colombia, 2007.

⁵⁴⁴ Cf. FORSTHOFF, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social” cit., aquí pág. 47. A este respecto pueden verse también: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de ‘Daseinsvorsorge’”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 35-65, esp. pág. 39 y ss. MEINEL, Florian, “Ernst Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law”, *German Law Review*, vol. 8, núm. 8, (2007), pp. 785-800; BULLINGER, Martin, “El *Service Public* francés y la *Daseinsvorsorge* en Alemania”, *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2006, 2005, pp. 29-49; o de modo más extenso: MAGALDI, Nuria, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social* cit., pp. 70 y ss.

dinámica que se «acelera al introducir derechos sociales»⁵⁴⁵ en el sistema jurídico. La «materialización» es consecuencia de la necesidad de intervención del aparato estatal, que se considera indispensable para que pueda cumplir las exigencias de justicia social, para satisfacer su función de redistribución o compensación. «Es el proceso – escribe G. Teubner– por el cual el Derecho se instrumentaliza como mecanismo de guía y orientación para las intervenciones o las compensaciones de las que precisa dicha forma de Estado»⁵⁴⁶. Llegados a este punto, resulta ya claro que es precisamente porque asume tales encomiendas que adquiere la cualidad de social respecto al Estado de Derecho en sentido restringido, al que, por el contrario, le resultaría concomitante un proceso de racionalización, de formalización del Derecho. Así, y desde tal prisma, al Estado social le aplica también el adjetivo de «Estado material» en la medida en que «se pregunta por el contenido y la orientación de la actividad estatal»⁵⁴⁷.

Con esa «materialización» se produce un giro en la forma de comprender tanto el Estado como su Derecho. El contenido de las relaciones sociales y la actividad estatal se verá influida por «valores», por «principios», que le guían y orientan. La teoría y dogmática alemana es la que en mayor medida, a mi juicio, ha dado cuenta de dicha transición. Son muchos los autores y de distinto signo ideológico –desde E. Forsthoff⁵⁴⁸, pasando por su discípulo E. Böckenförde⁵⁴⁹, hasta J. Habermas– que

⁵⁴⁵ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., aquí pág. 201.

⁵⁴⁶ Cf. TEUBNER, Günter, , “The Transformation of Law in the Welfare State”, en: *Íd.* (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, cit., pp. 3-9, aquí pág. 4.

⁵⁴⁷ BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, cit, aquí pág. 490. En el mismo sentido, GARCÍA PELAYO, Manuel, “El Estado social y sus implicaciones”, cit., aquí pág. 51, sostiene que el ‘Estado material’ hace referencia ‘al contenido de la relación Estado-ciudadano’.

⁵⁴⁸ Según este autor para atribuir a los derechos sociales una función social era necesario prescindir del modo de entenderlos hasta entonces imperante: como limitación del Estado, como protección jurídica del individuo frente a las intervenciones estatales. Esto era necesario pues la concepción negativa no ofrecía en la práctica ningún puente lógico para su interpretación social, no ofrecía la ansiada posibilidad de hermanar Estado de derecho y Estado social sobre la base común de los derechos fundamentales. De esta manera, se precisaba transformar en positivos unos derechos que se habían formulado a la defensiva y, por ello, negativamente. De ahí que, para hacer compatible la acción estatal con los derechos –según Forshoff–, fue necesario que éstos se entendieran como principios positivos. Ello fue posible a través de concebir los derechos como la positivación de valores y la totalidad de derechos fundamentales como sistema de valores inherentes a la constitución. (véase: FORSTHOFF, Ernst, *El Estado social en la sociedad industrial*, cit., pág. 252),

⁵⁴⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Zur Lage der Grundrechtsdogmtik nach 40 Jahren Grundgesetz”, 1989. [trad. cast. de I. Villaverde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de la Ley Fundamental” en: *Íd.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pp. por donde se cita, *passim*.]

“Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de la Ley Fundamental”, cit., pág. 110;

explican lo que, en todo caso, estiman un *giro fundamental*. Habermas, por ejemplo, nos dice que con la materialización del Derecho se pasa de las garantías jurídico-negativas, protectoras de la igualdad formal o la seguridad jurídica a unos «principios sustentadores del Orden jurídico que, de una forma no del todo clara, conservan su contenido de derechos-subjetivos dentro del contenido objetivo de normas constitucionales que todo lo impregnan»⁵⁵⁰. De la misma forma, K. Stern, da cuenta de ello cuando señala que: «en el siglo XX el esquema básico liberal de Estado de Derecho democrático de la Constitución se amplió con la ‘dimensión social estatal’, y la Constitución se convirtió con ello en un orden fundamental material»⁵⁵¹. O, de la misma manera, cuando E. Benda dice que en el marco del Estado social «el poder estatal es considerado como vinculado sobre todo a determinados principios o valores jurídicos superiores»⁵⁵².

2.3 LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL: INTERPRETACIONES

Uno de los temas más importantes a propósito de la articulación jurídica del Estado social es la propia interpretación de dicha cláusula (que aquí haremos, sobre todo, a la luz de la Ley Fundamental alemana⁵⁵³ (LF en adelante). Pues bien, como se destaca a menudo, tal vez la característica que la cualifica respecto a su antecesora, la Constitución de Weimar, es la afirmación de vinculatoriedad directa e inmediata – sean públicos o privados– a todos los poderes, incluido el legislador. Esto es lo que un autor como O. Bachof ha llamado «la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de nuestra Constitución»⁵⁵⁴. Muy por el contrario, los iuspublicistas la seguían calificando de: «concepto en blanco», «carente de sustantividad», «fórmula vaporosa», «norma de carácter programático» al que habría de atribuirle «valor

⁵⁵⁰ Cf. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., aquí pág. 321 (cursivas mías).

⁵⁵¹ STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. I, Leiden, C. H. Beck, 2. Auflage, 1984 [trad. parcial al cast. de J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, C.E.C., 1987, por donde se cita, aquí pág. 238]

⁵⁵² BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, cit, aquí pág. 490.

⁵⁵³ Sobre la recepción de la misma en España, pueden verse: GAMORRENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

⁵⁵⁴ BACHOF, Otto, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, Paul Siebeck, 1959. [trad. cast. de R. Bercovitz como: *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, por donde se cita, aquí pág. 39.]

político pero en modo algún contenido jurídico»⁵⁵⁵. Esto es lo que desde estos planteamientos se precisa excluir: una interpretación que no le asigne función alguna. Ahora bien, al tratarse de una norma de claro contenido finalista, es muy complicado determinar su alcance preciso. Son tres estadios los que pueden advertirse sobre la discusión del contenido y alcance de la misma.

El primero corresponde al planteamiento hecho por H. Ipsen respecto a su vinculatoriedad. Para este autor, la LF ha tomado claro partido a favor del Estado social y que ello *debe significar algo* desde el punto de vista jurídico. Así, el Estado deberá entenderse más allá de su dimensión liberal, con lo que ello significa también para los derechos fundamentales⁵⁵⁶. El segundo, corresponde a la polémica entre E. Forsthoff y O. Bachof. Para el primero, el Estado social es una fórmula distinta de la del Estado de Derecho e incompatible con aquél. Su función ha de limitarse a la administración y legislación, dando prevalencia a la concepción prevalentemente liberal, de derechos de defensa frente al Estado –mecanismos de conservación del *statu quo*–, relegando los derechos sociales a una regulación no constitucional en la medida en que se trata de derechos jurídicamente defectuosos: precisan gradaciones, desarrollo legislativo⁵⁵⁷. Para el segundo, por el contrario, la cláusula del Estado social significa un apoderamiento y mandato del Estado para la configuración del orden social. Según Bachof el mandato tiene por objeto la conservación o consecución de la justicia social y la ayuda, en caso de necesidad social, a través de la *Daseinsvorsorge*. Así, tanto el Estado social como el Estado de Derecho son principios en igualdad de

⁵⁵⁵ Cf. BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, cit., aquí pág. 490.

⁵⁵⁶ En lo que sigue me baso en: BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, cit.; PERÉZ LUÑO, Antonio-E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., aquí pp. 226 y ss.; y sobre todo, en: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, prólogo de E. García de Enterría, Madrid, Civitas, 1983, pág. 34 y ss.

⁵⁵⁷ Esto puede verse en su trabajo *Verfassungsprobleme des Sozialstaats* donde sintéticamente, se pregunta sobre la posibilidad misma de compatibilizar el Estado de Derecho con la del Estado Social de Derecho y sus prestaciones. Su respuesta es negativa. Escribe Forsthoff: “La cuestión que se plantea es si dos estados tan distintos, con estructuras jurídicas tan diferentes como las del Estado social de prestaciones y las del Estado de Derecho de libertades pueden ser acoplados en una misma constitución.” Para concluir que “el Estado de Derecho y el Estado Social no son compatibles *en el plano constitucional* y la Ley Fundamental debe ser entendida primariamente como una constitución liberal”. Esta es su conclusión más significativa. Véanse: FORSTHOFF, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, cit., aquí pág. 45; así como su trabajo: “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, *passim*.

condiciones que, a la luz de la propia LF, deben «dosificarse», deben «equilibrarse»⁵⁵⁸.

Una vez decidido no relegar las normas de contenido social a «la antesala del Derecho constitucional»⁵⁵⁹ se precisó la determinación de su alcance. A ello corresponde el tercer estadio, siendo varias las posturas desarrolladas. En primer lugar, debe decirse que hay «un acuerdo generalizado acerca de que la cláusula del Estado social es un principio rector vinculante para los poderes públicos; es considerado como una prescripción de fines del Estado o como un principio rector, [que habilita,] que encomienda al Estado tareas de configuración social»⁵⁶⁰. En segundo lugar, que la tarea de configuración social se afirma siempre destacando que con ello no se pretende negar su condición de Estado de Derecho. Lo que estaría latente, lo que se teme, sería una nueva deriva totalitaria. Así, por ejemplo, E. Fechner enfatiza que el Estado social, aun distanciándose del Estado liberal, no debe desembocar en un Estado de tipo totalitario en el que prime la coacción⁵⁶¹. Por el contrario, en el Estado social deberá buscarse «un equilibrio entre libertad y coacción», «que deberán acomodarse por un juego recíproco», y que dicho equilibrio «se manifiesta especialmente en el Derecho»⁵⁶². El Estado social, por tanto, estaría «en medio del Estado liberal y del *Nicht-Rechtsstaat* totalitario»⁵⁶³.

Pues bien, entre las distintas interpretaciones son varias las que si bien reconocen valor jurídico a la fórmula de Estado social, dudan que la misma pueda imponerse inmediatamente por lo que interpretar con cautela su alcance. En éste último sentido, por ejemplo, para U. Sheuner⁵⁶⁴ señala que dada la limitación de la parte dogmática de la Constitución a las libertades clásicas y al poco desarrollo otorgado a las garantías de tipo social, dicho principio pertenece a los preceptos del tipo de los continentes de directrices o criterios provocadores de aplicaciones y

⁵⁵⁸ Cit., por: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública.*, aquí pág. 39

⁵⁵⁹ La metáfora es de: FORSTHOFF, Ernst, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, cit., aquí pág. 75.

⁵⁶⁰ BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, cit. aquí pág. 521.

⁵⁶¹ Sobre las notas que pueden caracterizar al Estado de tipo totalitario, esto es, como Estado en el que, entre otras cosas, se hace una exaltación de la violencia y del terror como sistema de control, véase: DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pág. 57 y ss.

⁵⁶² Cit., por: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública.*, aquí pág. 42.

⁵⁶³ LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, 1955, aquí pág. 55.

⁵⁶⁴ Cit., por: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública.*, pág. 46.

desarrollos creadores y progresivos. E. Huber⁵⁶⁵, por su parte, reconoce una conexión insoslayable entre los principios del Estado de Derecho y del Estado social de Derecho, aun cuando no sean materialmente idénticos ni quepa simplemente tratarlos como instituciones susceptibles de ser yuxtapuestas o sumadas. Así, mientras que el primero surge de la lucha de la sociedad burguesa *contra el Estado*, el Estado social deriva de la lucha de la sociedad industrial *por el Estado*. La LF al reconocer su diferencia, por tanto, establece el reto de que sean considerados y valorados en su diferencia y, desde ella, llevados a una síntesis fructífera por mandato constitucional.

Por último quisiera aludir la interpretación propuesta por W. Abendroth. Este autor destacó –en otra conocida polémica con E. Forsthoff– que la LF había unido de forma muy consciente los aspectos democrático y social. Para él, las implicaciones de la cláusula del Estado social tienen mayor calado: de lo que se trata no es que el Estado pueda esporádicamente corregir las disfunciones que se presenten sino que, en virtud de él, «la sociedad puede decidir democráticamente sobre la estructura económica y social»⁵⁶⁶. La triada democracia/socialismo/sumisión-al-Derecho, coloca a la política una posición central. De ahí que se insista que para entenderlo en su justas dimensiones hay que atender al hecho de que no sólo obliga de forma directa a la garantía de un mínimo de justicia social, sino, al propio tiempo, impone al Estado –«representante democrático de la sociedad»– la tarea de la ampliación constante de su actividad conformadora de los órdenes económicos y social, todo ello sin que la Constitución haya prefigurado el modelo definitivo de tales órdenes⁵⁶⁷. Me parece que esta es una de sus características primordiales: la idea de un programa político abierto, de cara al futuro, nunca definitivo o acabado. La organización social, el Estado y su Derecho no obedecen o sirven a leyes inmutables, que van más allá, que escapan del control de los individuos. Este es, podríamos decir, su núcleo. Sin embargo el mismo no está exento a la crítica. A ella dedico el siguiente apartado.

⁵⁶⁵ Cit., por: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública.*, pág. 47-48.

⁵⁶⁶ “El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político” cit., aquí pág. 32.

⁵⁶⁷ Cf. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública.*, pág. 43.

2.4 CRÍTICA (Y CRISIS) DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La crítica de esta concepción del Estado no es nueva. Parte importante de la misma, puede advertirse en todos los autores neo-liberales que de alguna u otra manera entendían que tanto el funcionamiento como su estructura se aparta de las premisas del Estado de Derecho. Igualmente, existe –si se me permite la laxitud de la etiqueta– una crítica «neo-marxista» que incide sobre todo en los problemas de legitimación en las llamadas «sociedades de capitalismo tardío». En ambos casos, el diagnóstico es similar: que el Estado social no funciona⁵⁶⁸. Por otra parte, la crisis del Estado social se ubica, de forma similar a su auge, en un marco temporal definido. Comienza desde principios de los años setentas y continúa hasta nuestros días. Lo que se plantea, en muchos de los casos, no es tanto su desmantelamiento –lo que, parece, se da por hecho– sino la manera de llevarlo a cabo. El Estado social, en sus distintas presentaciones se vio trastocado por una profunda crisis económica, por la inflación, por pérdidas masivas de empleo, por la crisis fiscal del Estado o por el aumento sin precedentes de la deuda pública. Todo ello sin mencionar los potenciales peligros o riesgos de los desarrollos tecnológicos así como el deterioro medio ambiental, que han propiciado la discusión sobre otra generación de derechos humanos.

Entonces, por un lado, hay una crítica neoliberal que impugna el Estado social por considerarlo incompatible con la noción misma de Estado de Derecho. Como había avanzado en la que denominé su deriva conservadora, se trata de una crítica de principio: el Estado social, desde su perspectiva, no es, no puede equipararse a un Estado de Derecho. Y no puede equipararse, básicamente, porque mientras este último tiene su razón de ser en la limitación eficaz del poder estatal, aquél, por el

⁵⁶⁸ Véase, por ejemplo: WILENSKY, Harold L., *The Welfare State and Equality. Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*, Berkeley, University of California Press, 1975, aquí pp. xv-xvi; OFFE, Claus, “Zu einigen Widersprüchen der modernen Sozialstaates”, *Íd.*, *Arbeitsgesellschaft. Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven*, Frankfurt-Main, Verlag, 1984 [trad. cast. de J. Nicolás Muñiz: “Algunas contradicciones del moderno Estado social”, en: *Íd.*, *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectiva de futuro*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 371-389, por donde se cita, aquí pp. 371 y ss.]; PICÓ, Josep, *Teorías sobre el Estado de bienestar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 2ª ed., 1991, aquí pág. 9; y MARTÍNEZ DE PINSÓN, José, “La crítica neoliberal al Estado social. Resumen y una valoración”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 243-270, aquí pág. 245, donde encontramos una afirmación similar.

contrario, implica su progresivo aumento⁵⁶⁹. No es casual que Hayek ataque frontalmente la idea según la cual el Estado social es un Estado moralizado, un Estado que persigue determinados fines o valores. Como señalé en el anterior apartado, ello ha sido medular para que pueda reconocerse un deber de protección a cargo de aquél: para que distribuya o compense a aquellos que no son capaces de lograr su subsistencia en los ‘mecanismos ciegos del mercado’. El profesor austríaco considera, más bien, que los valores básicos que animan a la sociedad libre –en tanto «orden espontáneo»– son *siempre negativos*. De ahí que para él, cuando la libertad, la justicia, o el derecho se convierten en «valores positivos», en realidad, son falseados cuando no utilizados de forma abusiva⁵⁷⁰.

En el credo liberal-conservador no parece haber lugar para que el Estado asuma ninguna función de compensación o distribución. Hayek, por el contrario, fue un firme creyente de que el Estado social, «el espejismo de la justicia social» que le anima, lesiona la autonomía individual. Contra quienes sostienen que la libertad no se ve trastocada en modo alguno por aquellas funciones, alega fundamentalmente que ningún modelo de distribución puede hacerse sin que resulte necesaria una coordinación intencionada de todas las diversas actividades en consonancia con las circunstancias concretas de tiempo y espacio. Para el autor austriaco, su función distributiva sí «destruye la libertad del individuo»⁵⁷¹. Y lo hace porque supone inevitablemente una autoridad planificadora, porque supone también algo que estima fundamental: que los individuos no podrán actuar basándose en su conocimiento, en función de sus propios fines, que es lo que para él constituye la esencia de la libertad. Tal tipo de Estado exige que los individuos sean obligados a actuar del modo que quiera la autoridad planificadora y para los fines que ella elige⁵⁷². El desbordamiento

⁵⁶⁹ Con todo, pueden identificarse tres tipos de críticas: la primera, que aglutina a Hayek y a sus seguidores con los argumentos que enseguida reseñaremos. Otra, que es más práctica, ligada a la escuela de Chicago con M. Friedman a la cabeza y que propugna una estricta política monetarista (restricción del dinero que circula en las sociedades) contra las medidas keynesianas que lo sustentaban. Por último, encontramos una crítica vinculada al movimiento de la *public choice* que, aplicando los presupuestos metodológicos del *homo aeconomicus* al ámbito público, destacando los ‘fallos’ o ‘costes’ del ‘mercado público’ o de la política. Véase: MARTÍNEZ PINSÓN, José, “La crítica neoliberal al Estado social. Resumen y una valoración”, cit., aquí pp. 245-248.

⁵⁷⁰ Cf. HAYEK, Friedrich von, “Contención del poder y desmitización de la política”, en Íd., *Derecho, legislación, libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Madrid, 495-520, aquí pág. 496.

⁵⁷¹ *Derecho, legislación, libertad*, cit., aquí pág. 288.

⁵⁷² Véase: *Camino de servidumbre*, cit., caps. IV y V.

de la actividad estatal que se denuncia tiene dos rostros particularmente perniciosos desde este punto de vista: el aumento del burocratismo y el sometimiento de la voluntad de los individuos a manos de un Estado de signo paternalista.

En el primero de los casos, el Estado que ‘distribuye’, ‘regula’, ‘interviene’, precisa de un sofisticado aparato burocrático. Esta es una de las más claras expresiones de estatismo a que estaría abocado el Estado social para cumplir con aquellos cometidos que le son asignados, puesto que el alcance y peso del aparato estatal depende fundamentalmente de las funciones que por medio del Derecho le sean asignadas⁵⁷³. Tiende a arrogarse cada vez un mayor número de competencias. Tal vez podamos graficar esto con una expresión de N. Luhman quien lo refiere con una frase que a mi modo de ver lo sintetiza de manera excepcional: el «desbordamiento del Estado por la política»⁵⁷⁴. Es decir, el Estado social tiene siempre la peculiaridad de incluir de modo creciente «temas e intereses como propios de la política»; de que un mayor cúmulo de cuestiones precisen «una respuesta política». El concepto clave aquí es el de inclusión –«la incorporación de la población global a las prestaciones de los distintos sistemas funcionales de la sociedad»– que hace referencia, de un lado, al acceso a estas prestaciones y, de otro, a la dependencia que éstas van a tener en los distintos modos de vida individuales⁵⁷⁵. Para este autor, ello va a significar que «la auto-descripción del Estado no se establezca sólo en las instituciones, sino también en la actitud de las pretensiones y expectativas. La política debe asumir entonces la responsabilidad sobre cantidad de aspectos de la realidad que escapan a su control directo»⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Cf. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., aquí pág. 201

⁵⁷⁴ LUHMANN, Niklas, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München, Günter Olzog, Verlag, 1981 [trad. cast. e introducción de F. Vallespín, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, por donde se cita, aquí pág. 96.]

⁵⁷⁵ LUHMANN, Niklas, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, cit., aquí 46.

⁵⁷⁶ Al orientarse a las necesidades de la población, escribe dice Lunham, este tipo de Estado “busca, en especial a través de la competencia institucionalizada por el acceso al poder (*redundancy of potential command*), mejorar la satisfacción de necesidades. Como consecuencia de esto aumentan las necesidades mismas, suben los niveles de exigencia y se acaba esperando del ‘Estado’ resultados que, técnicamente, con los medios de la política, con decisiones vinculantes colectivamente, no pueden ser conseguidos’. Este autodesbordamiento al que se somete el sistema político asume los rasgos de un *feedback* positivo, en el sentido de que dispone, en principio, de ningún mecanismo que filtre y elimine la disidencia, como ocurría en el Estado constitucional”. LUHMANN, Niklas, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, cit., aquí 47 y ss.

Asimismo, se dice que las burocracias tienden a perpetuarse, a requerir un número mayor de recursos. Se insiste en que difícilmente pueden reducirse. No importa que hayan dejado de prestar sus funciones para las que fueron concebidas o que los programas que administren sean, incluso, perniciosos. Las burocracias se vuelven intangibles. Pero no sólo esto. Un autor neo-liberal como M. Friedman, por ejemplo, alega que los aparatos burocráticos precisan, tanto para el abastecimiento como para el seguimiento de sus planes, la utilización de una amplia red que incluye recursos, competencias y mandatos coactivos. Otra crítica común sostiene que de la burocracia emerge una nueva clase privilegiada: con estabilidad laboral, protegidos contra la inflación durante el trabajo y en la jubilación, con potentes sindicatos, etc⁵⁷⁷. Para ello, en su búsqueda del respaldo que le permitan su dinámica auto-expansiva, buscan el apoyo de ciertos grupos de interés a los que terminan debiéndose. Se valen y crean necesidades artificiales, exageran los resultados beneficiosos de su intervención y en no pocas veces ocultan los resultados de su creciente ineficiencia, ocultan su voracidad por los recursos públicos así como los incentivos perversos que generan. Lo anterior, se entiende, en detrimento del ciudadano común.

Por último, la acusación de paternalismo es un argumento a menudo esgrimido contra el Estado social. La posibilidad de que el ciudadano devenga en un mero receptor pasivo de bienes, un mero cliente, o consumidor⁵⁷⁸. El profesor E. Fernández, a este respecto, nos conmina a no olvidar las palabras I. Kant cuando sostenía que:

«un gobierno que se constituyera sobre el principio de la benevolencia para con el pueblo, al modo de un padre para con sus hijos, esto es, *un gobierno*

⁵⁷⁷ Este argumento, por ejemplo, en: FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, *Free to choose. A personal statement*, London, Secker & Warburg, 1980, aquí pág. 177 y ss.

⁵⁷⁸ En este sentido, la crítica de E. FORSTHOFF, cuando señala: “¿Qué ocurrirá cuando el Estado instrumente la dependencia que con él tiene el individuo como camino de servidumbre? El resultado será el incremento del poder de dominación hasta un grado que se haría insoportable.” “La constitución liberal, que sólo conoce al Estado que manda, prohíbe o permite, carece de normas eficaces que protejan al individuo y a las que éste pueda recurrir; al contrario de lo que ocurre en el Estado de prestaciones y redistribución de riqueza. Con ello se pone de manifiesto que la legislación constitucional no logra captar todavía la realidad del Estado moderno en su totalidad”. Y lo que es más fundamental: “Un Estado que se aproveche de las necesidades sociales de sus súbditos para aumentar su poder de dominación es en realidad un Estado total, como no lo llegó a ser el Estado nacionalsocialista. La dominación convertida en una función social supone la más perfecta dominación que en las presentes circunstancias se pueda implantar. Pero un Estado que realice esta transformación deja de ser en todo caso un Estado social”. Cf. FORSTHOFF, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, cit. pp. 50-52

paternalista (imperium paternale), en el que los súbditos –como niños menores de edad, incapaces de distinguir lo que les es verdaderamente beneficioso o perjudicial- se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más del juicio del jefe del Estado cómo *deban* ser felices y esperando simplemente de su bondad que éste, también quiera que lo sean, un gobierno así es el mayor *despotismo* imaginable (se trata de una constitución que suprime toda libertad a los súbditos, los cuales no tienen entonces absolutamente ningún derecho)⁵⁷⁹.

Hay, por otra parte, una crítica neo-marxista al Estado social que incide en las reflexiones aglutinadas bajo el rótulo de «problema de legitimación del capitalismo tardío»⁵⁸⁰. Pues bien, para comprender esta crítica, hay que tener presente lo que varios autores han denominado como «la pérdida de las fuerzas utópicas que alimentaron al pensamiento occidental»⁵⁸¹. Con ella, se habría esfumado la esperanza del progreso basado en la técnica, en la planificación, y con la cual «*pintamos* las condiciones de una vida digna». Tal esperanza quedó destruida por pruebas contundentes: «la energía nuclear, la tecnología de los armamentos y la penetración en el espacio, la investigación genética y la manipulación biotécnica en el comportamiento humano, la elaboración de la información, la acumulación de datos y los nuevos medios de comunicación son técnicas con consecuencias ambiguas»⁵⁸².

⁵⁷⁹ Citado por FERNÁNDEZ, Eusebio, “Estado, sociedad civil y democracia”, cit., aquí pág. 88.

⁵⁸⁰ Como se sabe, la expresión se debe a varios trabajos Habermas y que culminan en su libro del mismo nombre. En él, el autor alemán va a hacer manifiestas las contradicciones del sistema capitalista y el descontento de amplias capas de la población en dichas sociedades –fundamentalmente, en el movimiento estudiantil del 68–. En todo caso, el punto fundamental destacado por Habermas es que existe una tensión entre la “lógica del beneficio privado” del capitalismo y las exigencias de una “justificación pública” que animan al ideal democrático. El Estado social está a medio fuego entre ambas y terminaría erosionando a la segunda en la medida en que termina “comprando” las voluntades de los ciudadanos. Véase: HABERMAS, Jürgen, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973 [trad. cast. de J. L. Etche, *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Madrid, Cátedra, 1999]. Sobre este tipo de críticas, véase: Martínez de Pinsón Cavero, José, “La actitud marxista ante el Estado social”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XII, 1995, pp. 619-640, esp. pp. 636 y ss.

⁵⁸¹ HABERMAS, Jürgen, “Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien”, *Die Neue Unübersichtlichkeit. Kleine politische Schriften*, t. V, Frankfurt, Verlag, 1984 [trad. cast. de R. García Cotarelo, “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”, en: *Íd.*, *Escritos políticos*, Barcelona, Península, 1988, pp. 111-134 por donde se cita. Este trabajo fue leído en las Cortes Generales de España a invitación de su entonces Presidente, G. Peces-Barba]

⁵⁸² HABERMAS, Jürgen, “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”, cit., aquí pág. 117. Me parece que podemos entender mejor la presente afirmación si tenemos en cuenta, precisamente que, como escribió GARCÍA PELAYO, Manuel (“El Estado social y sus

Además, y quizá de modo más relevante, conviene destacar que aquella utopía se basó en gran parte en las posibilidades que brindó la «sociedad del trabajo». No obstante, la propia dinámica interna del Estado social, paradójicamente, dinamitó la capacidad que, estimábamos, tenía para formular posibilidades futuras de una vida colectiva mejor y más segura.

El problema radica, en efecto, en que el factor trabajo como «piedra de toque» de la teoría social está perdiendo su virtualidad. Como se sabe, el trabajo «como fuente de toda riqueza y toda cultura» inspiró no sólo al movimiento obrero sino que está también en el corazón del Estado social⁵⁸³. Dos elementos posibilitaron que ejerciera como fórmula pacificadora en las sociedades industriales: de un lado, su compromiso explícito de hacer apoyos a aquellos ciudadanos que se encuentran en situaciones de especial necesidad. Del otro, el reconocimiento al papel que desempeñan los sindicatos tanto en las negociaciones colectivas entre el trabajo y el capital así como en el proceso de formación de la voluntad política⁵⁸⁴. El trabajo asalariado funcionó como una «válvula para la pacificación de antagonismos de clase», permitiendo cierto arreglo entre capitalismo y democracia. Dicho arreglo, por lo demás, depende de la capacidad de acción, del poder de un aparato estatal interventor en el sistema económico (en materia de crecimiento, competitividad, incentivos productivos, creación de empleos, regulación de la crisis, etc.)⁵⁸⁵.

implicaciones”, cit., aquí pág. 23) “el Estado social [partió] de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autoreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de la técnica administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., *puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado*”.

⁵⁸³ La frase del trabajo como fuente de toda riqueza y cultura es del Programa de Gotha. Véase: HABERMAS, Jürgen, “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”, cit., aquí pág. 119. Explica el propio autor que precisamente por ello, el Estado social se reconoce como el «único proyecto» -a diferencia del comunismo soviético en Rusia, el corporativismo autoritario de la Italia fascista, la Alemania nazi, la España falangista- ‘heredero de los movimientos burgueses de emancipación y del Estado democrático constitucional’. Aunque, como indica el propio autor, después de la Segunda Guerra Mundial prácticamente todos los partidos gobernantes de occidente ganaron mayorías argumentando más o menos intensamente a favor de los objetivos del Estado social.

⁵⁸⁴ OFFE, Claus, “Zu einigen Widersprüngen der modernen Sozialstaates”, en: *Íd., Arbeitsgesellschaft: Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven*, Frankfurt-Main, Verlag, 1984 [trad. cast. de J. Nicolás Muñiz, “Algunas contradicciones del moderno Estado social”, *Íd., La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 371-389, por donde se cita, aquí pág. 371.]

⁵⁸⁵ HABERMAS, Jürgen, “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”, cit., aquí pág. 120.

El compromiso del Estado social y la pacificación del antagonismo de clases serían resultado de aquella intervención. Con ello se muestra «su lógica» y que puede sintetizarse en un doble aspecto. Por un lado, el *aspecto metodológico*, manifestado en que la intervención se lleva a cabo por medio de un poder estatal democráticamente legitimado para regular y paliar el crecimiento natural capitalista. Por otro, el *aspecto sustancial* del proyecto alimentado de la utopía de la sociedad del trabajo y que al normalizarse el *status* de trabajadores mediante la participación cívica y el ejercicio de derechos sociales, la masa de la población consigue la oportunidad de vivir en libertad, justicia social y bienestar creciente. Esto supone, nos dice Habermas, que las intervenciones estatales pueden garantizar la coexistencia pacífica entre capitalismo y democracia⁵⁸⁶. La dificultad de captar la realidad social centrándonos en el trabajo o, mejor, la duda de que la realidad social se vea objetivamente determinada por él, ha sido diáfanoamente cuestionado por C. Offe⁵⁸⁷. Para el autor alemán, construir globalmente el contexto de la vida a partir de la esfera del trabajo es cada vez más vano; sobre todo cuando, por diversos motivos, puede apreciarse un descenso dramático de la potencialidad de absorción del mercado de trabajo –que, podríamos anotar es una de las cosas que caracterizan a la sociedad post-industrial–. O cuando no, que el ingreso mismo no tiene que relacionarse con el bienestar de los individuos⁵⁸⁸.

Pues bien, la cuestión que aparece nuevamente es la de si el Estado social cuenta con los medios necesarios para disciplinar al poder económico. La crítica neo-marxista afirma lo contrario. Es decir, que tanto el Estado social como el capitalismo se implican recíprocamente, que uno no puede subsistir sin el otro. Nuevamente con Offe, puede sintetizarse la crítica de izquierdas al Estado social en tres aspectos⁵⁸⁹. En primer lugar que es ineficiente: no elimina las causas de las situaciones de emergencia ni de las necesidades individuales sino que sólo las compensa de modo tardío, *ex post*. Las burocracias absorben más recursos y brindan menos servicios. En segundo, que es represivo: la excesiva burocracia, el aumento del control social o la ‘docilidad’ que

⁵⁸⁶ Cf. La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”, cit., pp. 120-121.

⁵⁸⁷ Véase: Offe, Claus, “Arbeit als soziologische Schlüsselkategorie?”, 1982 [trad. cast. de J. Nicolás Muñiz, “¿Es el trabajo una categoría social clave?”, *Íd., La sociedad del trabajo.*, cit., aquí pp. 17-51, por donde se cita, aquí pp. 27 y ss.]

⁵⁸⁸ Cf. OFFE, Claus, “¿Es el trabajo una categoría social clave?”, cit., aquí pp. 39-40.

⁵⁸⁹ Cf. “Algunas contradicciones del moderno Estado social”, cit., aquí pp. 380 y ss.

precisa el receptor para ser ‘digno’ de las prestaciones sociales y que se acentúa en la medida en que sus necesidades sean mayores. Por último que el Estado social genera una concepción ideológica falsa en la clase trabajadora. Esta es quizá la crítica más fundamental de izquierdas: que el Estado social tiende a estabilizar al capitalismo más que transformarlo. Detengámonos un momento ella.

En efecto, tal vez la crítica más importante radica en su función «política-ideológica de control». Como explica C. Offe: «el Estado social no viene contemplado sólo como fuente de la que manan prestaciones y servicios sociales, sino simultáneamente como fuente de trastocadas concepciones acerca de la realidad histórica que perjudican la conciencia, la organización y las luchas de clase de los trabajadores»⁵⁹⁰. Ello va a generar una falsa imagen en dos esferas separadas del contexto vital de la clase trabajadora. Por un lado, la esfera del trabajo, de la producción, de la economía y la distribución primaria de las ‘rentas’; por la otra, la esfera de los derechos civiles, el Estado, la reproducción y la distribución ‘secundaria’. Tal escisión oscurece las conexiones causales y funcionales que existen entre ambas impidiendo la formación de una conciencia política que entienda a la sociedad como una totalidad a la que hay que transformar en su conjunto. A juicio del mismo autor alemán, lo anterior supone «que los hombres ignoren u olviden que el Estado social en sí mismo se encuentra material e institucionalmente limitado por la dinámica de la esfera de producción y que una institución fiable de seguridad social, por ello no sólo presupone la extensión de los derechos civiles sino también los derechos de los trabajadores en el ámbito productivo»⁵⁹¹. Ejerce un adoctrinamiento simbólico que alimenta las ideas de cooperación de clases, de separación de luchas económicas y políticas; alimenta la confianza cada vez más cuestionable de un circuito ininterrumpido de crecimiento económico y seguridad social⁵⁹².

2.5 UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DE ESTADO DE DERECHO

Después de todo el anterior recorrido en el que hemos analizado la génesis, el auge y la crisis del Estado social, me dispongo a analizar la propuesta de concepción amplia

⁵⁹⁰ “Algunas contradicciones del moderno Estado social”, cit., aquí pp. 383.

⁵⁹¹ *Ídem*.

⁵⁹² Cf. OFFE, Claus, “Algunas contradicciones del moderno Estado social”, cit., aquí pp. 384.

de Estado de Derecho que, estimo, acompañaría a la empresa constitucionalista. En primer lugar me parece que hay un aspecto central que no puede dejarse de lado: la concepción amplia de Estado de Derecho quiere seguir siendo eso, Estado de Derecho, o lo que es lo mismo, quiere seguir conservando su núcleo liberal. Esta parece ser una de las tesis fuertes sobre quienes postulan no sólo la factibilidad sino incluso la necesidad de que el Estado de Derecho adquiriera una perspectiva más amplia. El aspecto fundamental que la socialdemocracia comprendido e interiorizado. Ahora bien, ello no significa que deba claudicar en su lucha contra la opresión, la exclusión o la desigualdad social. El Estado de Derecho como se ha dicho es un «bien humano sin reservas» o «incondicional» (*Unqualified Human Good*)⁵⁹³. Y esto es lo que algunos críticos marxistas, antiguos o contemporáneos, no alcanzan a apreciar en su justa dimensión. Más allá de que sea posible hacer una lectura fuertemente ideológica del mismo, en términos super-estructurales, hay diferencias claras entre el poder arbitrario y el Estado de Derecho (*Rule of Law*)⁵⁹⁴. En sí mismo, el Estado de Derecho, en tanto funda limitaciones eficaces al poder político, y sobre todo, defiende a los ciudadanos de todo tipo de pretensiones intrusivas del poder.

Ahora bien, insisto, lo anterior no significa que deban dejar de exponerse las injusticias e inequidades de las sociedades en las que vivimos, y que pueden efectivamente esconderse tras el manto de la neutralidad, del fatal destino o de la inmovilidad a la que estaría condenada la sociedad. La perspectiva amplia del Estado de Derecho entonces buscará un difícil equilibrio, una posición intermedia, y para ello elevará sus cotas de participación. A mi juicio, este será el núcleo de lo que la concepción amplia de Estado de Derecho: la primacía de su carácter democrático frente al Estado social. *La lucha por el Estado* que desde sus premisas se plantea con urgencia, precisa, requiere, la legitimación de procesos en los que los ciudadanos, en tanto miembros de una comunidad política que merecen la misma consideración y respeto, deliberan y deciden sobre lo que les es común. Esto es, precisa de una profundización democrática. En realidad, esta es la tesis que hoy día reconocemos en J. Habermas; y que, sin embargo, E. Díaz –ciertamente, con otros instrumentos y en otras circunstancias– ya había avanzado en su viejo *Estado de Derecho y sociedad*

⁵⁹³ Esta es la tesis defendida en: THOMPSON, E., P., *Whigs & Hunters. The Origins of the Black Act*, Penguin Books Ltd., 1975, aquí. pp. 266.

⁵⁹⁴ THOMPSON, E., P., *Whigs & Hunters. The Origins of the Black Act*, cit., aquí pp. 259 y ss.

democrática. Después de constatar que el Estado de Derecho liberal es su punto legítimo e insustituible de arranque, cuando señalaba: la insuficiencias del Estado de Derecho justificaron el paso hacia el Estado social de Derecho, a otra forma, que él estima más plena, siendo esta la del Estado democrático de Derecho⁵⁹⁵.

Me parece que la concepción amplia del Estado de Derecho alberga en su interior una visión optimista tanto de las personas, o mejor dicho, de los ciudadanos; cuando la confianza de que el Estado pueda servir como instrumento para el cambio social, siempre que se haga bajo la supervisión que los propios ciudadanos ejerzan a través de la participación política. Es en este sentido en el que la concepción amplia es distinta a la restringida: los objetivos a los que sirve, los valores, los principios, no son sólo los que se abrazaron en su primeras manifestaciones y que animaron al Estado de Derecho liberal; sino también los democráticos y participativos así como sus contenidos igualitarios, en tanto presupuestos indispensables para el mismo⁵⁹⁶. Un párrafo de M. García Pelayo sigue siendo bien significativo a este respecto:

La función histórica del Estado es liberar al ser humano de la miseria, la ignorancia, la impotencia y, en una palabra, de las servidumbres a las que se ha visto sometido al comienzo de la historia; multiplicar, por la unión de los individuos, las potencialidades humanas elevando al hombre a una forma superior de existencia en cuanto a educación, poder, liberación de la coerción exterior, que los hombres serían incapaces de realizar. Tal es la naturaleza moral del Estado y tal ha sido la idea que ha impulsado en todos los tiempos, aunque lo haya sido inconscientemente, aun contra su voluntad e incluso contra la voluntad de los dirigentes. Naturalmente ello supone una idea del Estado radicalmente

⁵⁹⁵ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pág. 48. Sobre este tipo de Estado de Derecho, que el profesor R. De Asís, identifica como modelo democrático, dentro de los modelos amplios de Estado de Derecho. Véase: ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, cit., aquí pp. 64 y ss.

⁵⁹⁶ Es precisamente en esto en lo que se cifra la propuesta de la concepción amplia o exigente de Estado de Derecho defendida por G. Pisarello. Escribe el profesor argentino: “desde el momento que se admite que el Estado de Derecho debe ser ante todo democrático, la satisfacción de necesidades básicas para todos los individuos se vuelve una condición indispensable para la extensión a todos los derechos clásicos de libertad, para garantizar efectivamente, y no de un modo meramente formal, aquello que Hart proclamara como *The equal right to all men to be free.*”, véase: PISARELLO, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho. (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, *Sistema*, núm. 144, 1998, pp. 97-106, aquí pág. 101.

distinta de la del liberalismo clásico, del Estado-guardián, cuyo único objeto es proteger la libertad y la propiedad personal de los individuos⁵⁹⁷.

Ahora bien, podríamos preguntarnos ¿qué lugar ha de ocupar la experiencia de la crisis del Estado social, tal y como vimos en el epígrafe anterior? Porque podríamos pensar que, efectivamente, la viabilidad misma del modelo de Estado de Derecho en sentido amplio, su la posibilidad de su eficacia o materialización ha sido definitivamente sepultada tras la crisis del Estado Social. Y creo que aquí llevan razón quienes afirman que vistas así las cosas se corre el riesgo de renunciar a la fuerza transformadora que tienen las reivindicaciones vinculados al Estado social y a los derechos en general⁵⁹⁸. Ahora bien, una cosa es lo anterior, y otra cosa el papel que ese tipo de reivindicaciones han de jugar en el marco de actuación de lo estatal, porque tomado en serio el Estado democrático es probablemente un ideal inalcanzable⁵⁹⁹. Es cierto, por lo demás, que las críticas formuladas al mismo no pueden dejarse de lado; sobre todo las que inciden en las potenciales derivas autoritarias (o paternalistas en la versión social) de este tipo de Estado. Y sin embargo, creo, en definitiva, que la concepción amplia del Estado de Derecho es la que se adecúa de mejor manera a la ideología constitucionalista.

Un reciente trabajo del profesor M. La Torre, me servirá para cerrar este apartado. En *Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos*, el profesor italiano hace una defensa del mismo así como de los derechos sociales en el marco del

⁵⁹⁷ GARCÍA PELAYO, Manuel, “Notas sobre la idea del Estado en la socialdemocracia clásica”, en *Íd.*, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 2ª. Reimp. 1987, pp. 83-91

⁵⁹⁸ La afirmación de: ANSUÁTEGUI ROÍG, Francisco Javier, “Definiciones del Estado de Derecho y derechos fundamentales”, cit. aquí pág. 107 y ss. Un antecedente claro en este sentido es Karl DOEHRING, cuando decía que: “si se acepta como tarea del Estado de Derecho no solamente establecimiento de un procedimiento que garantice la seguridad jurídica, sino la protección de los derechos materiales adquiridos en su sustancia, así como también impedir su expolio, y por otro lado se coloca como tarea del *Estado social de Derecho la repartición*, de bienes materiales para conseguir a través de ella la igualdad, la conclusión es que ambos fines son en sí contradictorios. O se anulan mutuamente o se da valor preferente al uno sobre el otro. *Dar preferencia a lo ‘social’ como principio social en una nueva repartición de bienes*, puede llevar al socialismo, ya que el Estado de Derecho ha tenido como fin único servirse de la reforma social como vehículo. Otorgar la preferencia en el Estado de Derecho a la protección de los derechos adquiridos puede llevar a la congelación de cambios sociales. Véase: “Sozialstaat, Rechtsstaat und Freinheitlich-Demokratische Grundordnung”, *Die Politische Meinung*, Bonn, Eichholz-Verlag, 1978 [trad. cast. de J. Puente Egidio, “Estado social, Estado democrático de Derecho y orden democrático (prólogo de B. Heck) en: W. Abendroth *et. al.*, *El Estado social*, cit., aquí pp. 123-4].

⁵⁹⁹ PISARELLO, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho.”, cit., aquí pág. 106.

por él llamado neo-constitucionalismo⁶⁰⁰. Para él, estos derechos son importantes en la medida en que revelan un programa constitucional como proyecto de convivencia y de comunidad, siendo el *complemento* natural de los derechos civiles y políticos⁶⁰¹. Destaca además que contra las experiencias anteriores donde el Estado se abocó a la materialización de algunas demandas de contenido social –piénsese, por ejemplo en la Alemania de finales del siglo XIX– en la aquí llamada ideología constitucionalista y sobre todo sus manifestaciones históricas más recientes, como lo son las constituciones, alemana, italiana y española de la segunda posguerra, se asume que el Estado social tenga que ser desarrollado y estructurado de tal forma en que la libertad positiva, la participación, juegue un papel especial. En este caso, concluye La Torre, la Constitución representa y coincide con el proceso general mediante el cual los ciudadanos hacen política y producen con su acción colectiva una esfera pública⁶⁰². A mi juicio y dicho muy sumariamente, lo anterior sintetiza la concepción del Estado de Derecho en sentido amplio que la ideología constitucionalista defiende.

⁶⁰⁰ En este trabajo desarrolla dos modelos de constitucionalismo tomando la expresión de McIlwan aunque utilizándola en sentido distinto: un constitucionalismo de los antiguos y un ‘constitucionalismo de los modernos’. Este último que se corresponde, según él, con el proyecto del neo-constitucionalismo, y me parece que puede traducirse sin pérdida de significado con lo que aquí he llamado ideología constitucionalista. Cf. LA TORRE, Massimo, “Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos. Constitución y ‘Estado de Excepción’”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 24, II Época, 2011, pp. 45-65.

⁶⁰¹ LA TORRE, Massimo, “Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos.”, cit., pág. 50-1

⁶⁰² LA TORRE, Massimo, “Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos.”, cit., pág. 52. Que se haga mención a la acción colectiva y a la esfera pública es de suma relevancia no sólo de cara a los viejos problemas derivados del Estado social o de la crisis del Estado de bienestar mismo. También es relevante de cara al surgimiento de nuevos movimientos sociales o la reivindicación de otras generaciones de derechos. No me voy a ocupar de esto, pero ello puede apreciarse claramente en el siguiente párrafo del magnífico trabajo de M. E. Rodríguez Palop, donde leemos: Los derechos de cuarta generación, al revelar la existencia de vínculos comunes y necesidades generalizables y descubrir la interdependencia global, en orden a la protección de ciertos bienes colectivos, resulta ya inevitable, han reforzado la idea de solidaridad y se han elevado como una instancia crítica (aunque no destructiva) frente a la filosofía estrictamente individualista. En este sentido se ha dicho que el desafío universal que para la especie humana representan los desastres ecológicos, bélico, alimentario, ha de ser abordado desde una razón práctica que consiga dar respuestas universales mediante normas intersubjetivamente válidas independientemente de la existencia de disitintas concepciones morales. Esto no significa incurrir en una indeseable eliminación de las diferencias (aunque sí excluye la posición al relativismo moral extremo, no tiene inconveniente en aceptar el pluralismo moral) ni tampoco recurrir a tesis comunitaristas, sino sólo señalar que la autonomía individual se halla inescindiblemente unida a la autonomía pública y que la separación entre intereses individuales y colectivos no puede ser tajante, ni tampoco obedecer a un intento por anteponer en todo caso los primeros a los segundos. RODRÍGUEZ PALOP. María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, aquí pág. 266.

CAPÍTULO TERCERO

DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS

1. LEGALISMO: SU DIMENSIÓN SUBJETIVA

En esta parte me gustaría intentar una aproximación a la concepción de los derechos defendida desde el legalismo. Para ello me detendré en la llamada «dimensión subjetiva» de los derechos. Como se reconoce a menudo, esa dimensión tiene sus orígenes en el iusnaturalismo racionalista y en el contractualismo –recuérdense, por ejemplo los «derechos naturales» de los que hablaba J. Locke⁶⁰³–. Así, cuando por influencia de la ideología política liberal asociada al iusnaturalismo racionalista se lleva al Derecho, los derechos aparecen como «derechos subjetivos» que es la técnica utilizada para la máxima salvaguarda y garantía de posiciones subjetivas⁶⁰⁴. Además de los problemas que presenta la noción, una de las mayores dificultades para abordar satisfactoriamente el tema proviene de la proliferación del lenguaje de los derechos. Desde mediados del siglo XX se habla de derechos de todo tipo («humanos», «subjetivos», «naturales», «morales», «sociales», «absolutos», «relativos», «colectivos», «legales», «políticos», «civiles», etc.). No parece exagerado afirmar que no hay demanda o exigencia, sea individual o de grupo, que no se articule apelando a idea de derechos.

1.1 UN ESQUEMA DE ANÁLISIS

Con independencia del juicio que lo anterior nos merezca⁶⁰⁵, en lo que sigue abordaré el tema destacando qué planteamiento se adecúa, desde mi punto de vista, a la empresa legalista. Para ello, en primer lugar, debe tenerse presente que en nuestra lengua –como en alemán, francés o italiano– se utiliza la misma palabra para designar

⁶⁰³ Véase: LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, edición de C. Mellizo, Madrid, Alianza, 1990, pp. 36 y ss.

⁶⁰⁴ Cf. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 261

⁶⁰⁵ Cf. LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 23 y ss.

el derecho en sentido subjetivo y objetivo. Para aclarar cómo es empleada, es usual reservar derecho objetivo el término «Derecho» (*Recht, Droit, Diritto*) y al otro el de «derecho subjetivo» (*subjektives Recht, droit subjectif, diritto soggettivo*) o, en otros casos, simplemente sustantivo «derecho». En el mundo anglosajón, en cambio, se dispone de dos palabras: «rights» para aludir a los derechos de un determinado sujeto y «law» para el orden jurídico o derecho objetivo⁶⁰⁶. No está del todo claro que tengamos un concepto de lo que “tener un derecho” significa en todos y cada uno de los contextos en los que se utiliza la expresión. Por ejemplo, para algunos hablar de *derechos morales* es adherir a una idea contradictoria en sus términos –de carga jusnaturalista, para mayores señas⁶⁰⁷–. Otros, en cambio, no ven nada problemático en ello. Consideran que en nuestros usos ordinarios del lenguaje las personas elevan pretensiones («no tienes derecho a...») sin utilizarlo en aquel sentido «técnico-jurídico»⁶⁰⁸. Aunque pudiera afirmarse que se trata de disputas lingüísticas, lo cierto es que no es así puesto que «ninguna de ellas es una expresión pura de una decisión lingüística»⁶⁰⁹.

Decía Kelsen que la captación de la «esencia» del derecho subjetivo se hace difícil por el hecho de que con esas palabras se designan circunstancias muy diferentes entre sí⁶¹⁰. En efecto, podría pensarse, y a menudo se piensa, que cuando una persona cuenta con un derecho subjetivo existe una correlación entre el titular de un derecho y un tercero, quien tiene un deber frente a aquél; o que el contenido de un

⁶⁰⁶ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Auflage, 1960. [trad. al cast. de R. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986, por donde se cita, aquí pág. 139.]

⁶⁰⁷ Sobre la recepción del término “derechos morales” en España, véase: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas núm. 1, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 55 y ss.

⁶⁰⁸ En este sentido A. Ruiz Miguel, señala que: “seguir hablando de derechos humanos como derechos morales y genuinos, aunque no estén jurídicamente garantizados, tiene dos ventajas, aparte de la fuerza persuasiva que ha adquirido el lenguaje de los derechos. Primero, permite poner de manifiesto que tales derechos son exigencias especialmente perentorias desde el punto de vista moral, en el sentido de que justifican la postulación de deberes morales para otras personas, entre ellos el de establecer una estructura eficaz para su protección, como precisamente puede ser la jurídica cuando no existe. Y segundo, cuando tal estructura jurídica *reconoce* (justamente no los crea de la nada) y garantiza esos derechos, estos siguen manteniendo una cierta virtualidad o fuerza justificatoria de carácter moral en su desarrollo legal y su interpretación judicial. Véase: RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Para una teoría jurídica de los derechos humanos”, en: AA. VV., *El Derecho en red. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2002, 441-464, aquí pp. 443-4; Véase, también, por ejemplo, NINO, Carlos S., “Sobre los derechos morales”, *Doxa*, pp. 311-325.

⁶⁰⁹ Véase: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. De Asís, A. Llamas y C. Fernández Liesa, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, pág. 21 y ss.

⁶¹⁰ KELSEN, Hans, *Teoría pura*, cit., aquí pág. 139.

derecho está constituido precisamente por una obligación en sentido *lato*; cuando no se vincula a la posibilidad de ejercitar acciones procesales para su tutela. Sin embargo no tiene por qué ser así necesariamente. Si se observa con atención, cada aserción expresa ideas que, aunque relacionadas, son independientes la una de la otra. De ahí que se diga, a lo sumo, que un derecho subjetivo es un haz, un complejo normativo, por virtud del cual se establece todo un entramado de relaciones o posiciones. Poco más. Además resulta claro que la idea de derecho juega un papel importante en cualquier sistema normativo, por no hablar de otros ámbitos discursivos no especializados. En el ámbito jurídico, tal y como veremos, tampoco implica necesariamente la existencia correlativa de una obligación. Tampoco implica un nexo constitutivo con su garantía jurisdiccional.

Para intentar clarificar la cuestión utilizaré la estrategia propuesta por R. Alexy. Según el profesor alemán pueden distinguirse tres tipos de problemas a propósito del derecho subjetivo: los normativos, los empíricos y los analíticos. Los primeros se dividen en ético-filosóficos –que atienden a la pregunta por qué los individuos tienen derechos y qué derechos tienen con independencia de un sistema jurídico determinado– y en dogmático-jurídicos –se refiere a la misma pregunta en relación a un sistema jurídico–⁶¹¹. Los problemas de tipo empírico se refieren, entre otras cosas, a enunciados acerca del surgimiento de derechos subjetivos, sobre la historia del concepto de derechos subjetivo o sobre la función social de derechos subjetivos⁶¹². Los problemas analíticos intentan clarificar las distintas posiciones que se derivan de los enunciados normativos que expresan derechos. Esto es importante para aclarar las *propiedades normativas* de las personas y las acciones y por las *relaciones normativas* entre personas, al igual que entre las personas y las acciones. Ello permitiría, según Alexy, distinguir entre (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derecho subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la posibilidad jurídica de hacer efectivos esos derechos⁶¹³.

⁶¹¹ ALEXY Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1985 [trad. cast. con estudio preliminar de C. Bernal Pulido, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, (2ª ed.), 2007, por donde se cita, aquí pág. 152]

⁶¹² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 154.

⁶¹³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 156.

Ahora bien, debe tenerse presente que la distinción del concepto de derecho en estos tres temas no siempre es admitida pues «son numerosos los autores para quienes los derechos se identifican en función de su ‘fundamento’ sin tener en cuenta ni la posición ni la protección. Se puede decir que desde una posición no-positivista el problema del concepto se reduce al fundamento mientras que desde un positivismo legalista –posiciones monistas– el problema del fundamento se resuelve en el concepto»⁶¹⁴. Es precisamente en este ámbito, en el concepto de derecho, donde han operado profundos cambios y donde se aprecian con nitidez las rupturas metodológicas –sean superadoras o integradoras– a propósito de la polémica entre positivistas y jusnaturalistas. Ello no se debe tanto quizás a la profunda imbricación que existe entre el concepto y el fundamento de los derechos cuanto a las consecuencias que tiene a la hora de determinar su alcance. Es llamativo que sea precisamente H. L. A. Hart quien haya dedicado esfuerzos a dilucidar en qué sentido puede hablarse de *derechos morales*. También es significativo que haya apuntalando la teoría basada en la elección. En lo que sigue abundaré en ello.

1.2 SOBRE EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS: ENTRE LA VOLUNTAD Y EL INTERÉS

Si tomamos el anterior esquema propuesto por Alexy, la clásica disputa entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad es una cuestión normativa, es decir, relativa al fundamento o a las razones para los derechos⁶¹⁵. Como se sabe, en el ámbito continental la teoría de la voluntad se asocia, sobre todo, a B. Windscheid quien definió al derecho subjetivo como «el poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico»⁶¹⁶; como una «autorización, un poder jurídico otorgado por el orden

⁶¹⁴ Cf. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2009, aquí pág. 288.

⁶¹⁵ En realidad son tres, si consideramos la que las teorías eclécticas, esto es, aquellas que intentan conciliar estas dos. Según la síntesis ofrecida por Kelsen: ‘tres teorías del derecho subjetivo cabe distinguir, fundamentalmente, en la doctrina jurídica moderna; la teoría del fin o del interés, mantenida por Jhering y sus partidarios, la teoría de la voluntad de los romanistas, que tiene por principales sostenedores a Windscheid, Arndts y otros; finalmente la teoría que intenta combinar en el concepto de derecho subjetivo los factores interés y voluntad, teoría que fue fundadada por Bernatzik y aceptada y desarrollada a su modo por Jellinek’. Véase: Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., aquí pág. 497.

⁶¹⁶ Cit. por KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., aquí pág. 509.

jurídico a un individuo»⁶¹⁷. Aquí se considera central el control del titular del derecho sobre la posición que le es conferida por la norma y que se expresa, entre otras cosas, en la posibilidad de accionar. Que se haga o no depende de su libre elección. Por otra parte, la teoría del interés representada por Rudolf v. Jhering lo define como «un interés jurídicamente protegido»⁶¹⁸. Según el propio autor: «dos son los elementos que constituyen el concepto de derecho, uno *sustancial*, en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser conferida por el derecho, y uno *formal* que se comporta sólo como un medio para aquél fin, este medio es la protección del derecho, la demanda»⁶¹⁹. Su teoría se centra en el fin.

Esta misma discusión tiene, con los matices oportunos, su correlato en el mundo anglosajón. Entre los autores que han desarrollado las que podríamos considerar sus variantes contemporáneas más representativas se encuentran, por un lado, a H. L. A. Hart como defensor de la teoría de la voluntad –aquí llamada «*will*» o «*choice theory*»– y, por otro, a N. MacCormick, defensor de la teoría del interés –llamada también «*interest*» o «*benefit theory*»⁶²⁰–. Estas son las teorías que parecen dominar en panorama de una discusión que no sólo es jurídica, sino también política y moral. Como ya he señalado, estamos en un terreno en el que difícilmente se pueden desligar la importancia que tienen los problemas normativos *lato sensu* para su comprensión. Tal vez ello explica por qué se han producido cambios en los estudios sobre los derechos donde se advierte cierta mutación de los análisis estrictamente conceptuales, estructurales o formales, a aquellos que se ocupan de cuestiones normativas, de moralidad. Se hace un tipo de teoría del Derecho que no se *distingue*, en línea de principio, de cuestiones filosófico-políticas o filosófico-morales; donde se combina el análisis lógico-conceptual con pesquisas normativas⁶²¹. Ello puede apreciarse en el planteamiento de Hart⁶²².

⁶¹⁷ Cit., KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., aquí pág. 146.

⁶¹⁸ Cit. por KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., aquí pág. 510.

⁶¹⁹ Cit., KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., aquí pág. 147.

⁶²⁰ Véase: EDMUNSON, William A., *An Introduction to Rights*, Cambridge, CUP, 2004, pp. 119 y ss.

⁶²¹ Cf. CELANO, Bruno, “Il diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 2001, pp. 1-58, aquí pág. 4.

⁶²² Sus primeras aproximaciones al tema se encuentran en su *Inaugural Lecture* como catedrático en Oxford. Ahí puede apreciarse lo que luego se convertiría en su seña de identidad: la utilización de herramientas la filosofía del lenguaje ordinario de su época –con J. L. Austin a la cabeza y surgido bajo el amparo del segundo Wittgenstein– para afrontar el análisis de los conceptos jurídicos. (HART, Herbert L. A., *Definition and Theory in Jurisprudence. An Inaugural Lecture*, Oxford, The Clarendon

Después de impugnar el esencialismo en la aproximación de los conceptos jurídicos o, en sus palabras, de rechazar cualquier ontología sospechosa, Hart vincula o hace dependiente el análisis de los términos jurídicos (y morales) de su relación con las reglas⁶²³. Es decir, reconduce el problema a la estructura del Ordenamiento jurídico. Así, destacó la especial posición de aquél que tiene un derecho, no en términos de la acción procesal o de sanción, sino de la elección [*choice*] que tiene abierta el que posee un derecho en relación con la correspondiente obligación que podrá llevarse a cabo o no. Pensaba que lo característico de las leyes que confieren derechos es que la obligación a realizar el deber correspondiente depende jurídicamente de la elección del individuo que decimos tiene un derecho o de la elección de otra persona autorizada para actuar en su nombre⁶²⁴. De tal forma que la proposición “X tiene un derecho *legal*” es verdadera siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Existe un sistema jurídico (o moral)
- b) Bajo una regla o reglas de dicho sistema alguna otra persona *Y* está, en los acontecimientos ocurridos, obligada a hacer o abstenerse de alguna acción.

Press, 1953 [tiene varias reimp. aquí se cita por la contenida en: *Íd.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 21-47]) Para Hart uno de los principales problemas en el ámbito del Derecho es que los conceptos con los que trabaja, «derecho subjetivo», «persona jurídica», «deber», no tienen contrapartida en el mundo empírico (Véase: “Definition and Theory in Jurisprudence”, cit., aquí pág. 23). No existe *eso* a lo que hacemos referencia, no hay algo que se corresponda. De ahí el inconveniente de las preguntas del tipo “¿qué es un derecho?”, que tienden a exigir la definición, una definición del tipo *per genus et differentiam* (Véase: “Definition and Theory in Jurisprudence”, cit., aquí pág. 31) Ese tipo de preguntas parecen forzarnos a identificar algo así como la «esencia» o «el derecho» lo que, ciertamente, no ayuda mucho a su comprensión. En sentido similar, Alf ROSS conmina a ‘observar’ los derechos como ‘constructos’, que si bien no denotan nada, cumplen la función de conectar ciertos antecedentes factuales con algunas consecuencias normativas también determinadas. Véase: ROSS, Alf, “TÛ-TÛ”, *Harvard Law Review*, núm. 70, 1956-1957, pp. 812-825 [trad. al cast. de G. R. Carrió, *TÛ-TÛ*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 42, por donde se cita]. Pero volvamos nuevamente a Hart. Para iluminar estas cuestiones recurrió al método de la paráfrasis de J. Bentham (Sobre este punto, puede verse, MORESO, Juan José, *La teoría del derecho de Bentham*, cit. pág. 77 y ss), que sugiere que, en lugar de formular aquél tipo de preguntas, hay que tomar la palabra “derecho” y darle cuerpo en aquella frase que desempeña su papel más característico para, después, encontrar una traducción de la misma en lo que podríamos llamar sus términos fácticos (Hart, Herbert L. A., “Definition and Theory in Jurisprudence”, cit., aquí pág. 34.) Es decir, en primer término habría que especificar las condiciones bajo las cuales la frase completa es verdadera y luego mostrar cómo se utiliza para extraer una conclusión a partir de las reglas en un caso particular (“Definition and Theory in Jurisprudence”, cit., aquí pág. 33).

⁶²³ Véase: BAYLES, Michael D., *Hart’s Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, aquí pág. 143.

⁶²⁴ Cf. HART, Herbert L. A., “Definition and Theory in Jurisprudence”, cit., aquí pág. 35.

- c) El orden jurídico hace depender esta obligación de la elección de *X* o de alguna persona autorizada para actuar en su nombre, de modo que o bien *Y* está obligado a realizar o abstenerse de alguna acción si *X* (o alguna persona autorizada) así lo elige, o bien sólo hasta el *X* (o la persona autorizada) opte por lo contrario.

Sostuvo, además, que una proposición de la forma “*X* tiene un derecho”, se utiliza para sacar una conclusión de Derecho en un caso particular que cae, o se encuentra, bajo sus reglas⁶²⁵. Sin embargo, es dudoso que esto último sea así. No siempre que se dice “*X* tiene un derecho” se busca una conclusión de Derecho.

En *Are There Any Natural Rights*⁶²⁶ el propio Hart analiza en qué sentido puede hablarse de derechos desde la ética, proponiendo esta tesis:

«si de alguna forma existen ‘derechos morales’ [*moral rights*], entonces existe al menos un derecho natural: el derecho de todos los hombres por igual a ser libres. Cuando digo que este derecho existe, quiero decir que, en ausencia de determinadas condiciones especiales consecuentes con el hecho de que el derecho es igual para todos, todo ser humano adulto capaz de elegir: 1) tiene derecho a que los demás se abstengan de ejercer coerción o aplicar restricciones en su contra y, 2) tiene libertad para realizar (es decir, nada lo obliga a abstenerse de realizar) cualquier acto que no sea coercitivo, o restrictivo, o que tenga por finalidad causar daño a otras personas»⁶²⁷.

Según Hart, hay dos razones para definirlo como un “derecho natural” y que ambas siempre fueron destacadas por los teóricos clásicos de los derechos naturales. La

⁶²⁵ *Ibidem*.

⁶²⁶ Debe advertirse que Hart decidió no incluir este trabajo en posteriores compilaciones suyas porque consideraba que contenía planteamientos erróneos, que no era lo suficientemente iluminador como para reimprimirlo. La única parte que le parecía ‘salvable’ es la relativa al principio del *fair play* como fundamento para la obligación política (véase: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., aquí pág. 17). Puede verse sobre este punto: STEINER, Hillel, “Are There Still Any Natural Rights” en: M. Krammer, C. Grant, B. Colburn, A. Hatzistavrou (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 239-250 [trad. al cast. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, *El legado de H. L. A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 317-332, por donde se cita]. Este trabajo, más allá de que su autor lo ‘desautorizara’, es reconocido a menudo como el planteamiento clásico sobre los *derechos morales*.

⁶²⁷ HART, H. L. A., “Are There Any Natural Rights”, *The Philosophical Review*, vol. 64, 1955, pp. 175-191 [trad. al cast.: ¿Existen los derechos naturales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 37, CEP, Valparaíso, Chile, 1990, pp. 45-61, por donde se citará, salvo indicación en contrario, aquí pág. 46]

primera es que tal derecho lo tienen todas las personas que son ‘capaces de elegir’ [*capable of choice*]; lo tienen en tanto personas y no sólo por pertenecer a cierta sociedad o por tener una relación especial entre sí. La segunda es que tal derecho no se crea ni se confiere por la acción voluntaria de las personas⁶²⁸.

Su argumento no tiene la intención de demostrar que las personas poseen algún derecho (además del derecho de todos a ser libres) que sea ‘absoluto’, ‘irrevocable’ o ‘imprescriptible’, o cualquier otra idea iusnaturalista. Por otra parte, dice que aunque no hay identificación entre derechos subjetivos [*legal rights*] y derechos morales sí existe una íntima conexión entre ellos. Tal conexión permite distinguir un derecho moral de otros conceptos morales básicos –v. gr. del concepto de deber–. Para Hart no se trata solamente del hecho de que las personas reivindiquen sus derechos morales cuando buscan incorporarlos al Derecho «sino de que el concepto de derecho pertenece a aquella rama de la moral que se ocupa de específicamente de determinar *cuándo la libertad de una persona puede verse coartada por la de otra*»⁶²⁹. Uno de sus rasgos, nos dice, «es que el poseedor de ese derecho tiene una justificación moral para limitar la libertad de otro y que goza de esa justificación no por el acto que tiene derecho a exigir a otro posea alguna cualidad moral, sino simplemente porque dadas las circunstancias, cierta distribución de la libertad humana se podrá mantener si se le permite determinar por su propia elección cómo ha de actuar ese otro»⁶³⁰.

La expresión “tener un derecho” tiene su especificación paradigmática en los ‘derechos especiales’, esto es, en aquellos derechos que «surgen de transacciones especiales [voluntarias] entre individuos o de alguna relación especial entre ellos»⁶³¹. Según Hart el caso más obvio es el de los derechos que se originan a partir de las

⁶²⁸ HART, H. L. A., “¿Existen los derechos naturales”, cit., aquí pág. 46

⁶²⁹ HART, H. L. A., “¿Existen los derechos naturales”, cit., aquí pág. 47. Cursivas mías.

⁶³⁰ HART, H. L. A., “¿Existen los derechos naturales”, cit., aquí pág. 49

⁶³¹ HART, H. L. A., “¿Existen los derechos naturales”, cit., aquí pág. 54. Entre esos derechos encontraríamos: a) los que nacen de las promesas o compromisos; b) los que nacen de la renuncia de un derecho a favor de otra persona; c) los que nacen de la reciprocidad de restricciones; los que nacen de una relación natural como la de padre-hijo o de otra relación (no-natural) como la de profesor-alumno, esposa-esposo, médico-paciente, y e) los que nacen de libertades especiales que de forma excepcional una persona adquiere sin que exista un deber correlativo. Adviértase que esta clase de derechos suponen la posibilidad de renuncia como en el caso b), lo que plantea la duda, o la crítica, sobre la existencia de auténticos derechos inalienables o derechos irrenunciables.

promesas. Aquí se ilustran los aspectos centrales de este tipo de derechos⁶³². La situación puede resumirse del siguiente modo. En primer lugar, el derecho y la obligación se hacen surgir a partir de la realización de un acto voluntario en el marco de una determinada práctica social, y el titular del derecho puede extinguir la relación mediante otro acto voluntario. En segundo lugar, el surgimiento del derecho y la obligación son dependientes de las características, naturaleza o contenido de la acción que se torna obligatoria: en principio, se puede crear la obligación de realizar cualquier acción. Finalmente, el derecho y la obligación recae sobre personas determinadas: no los tiene cualquiera frente a cualquiera, sino que un sujeto A tiene un derecho frente a B y B está obligado precisamente frente a A⁶³³.

Por otro lado, Hart se refiere a los ‘derechos generales’ que, a diferencia de los ‘especiales’, se afirman a la defensiva, esto es, cuando se prevé o existe una amenaza de interferencia injustificada. Afirmar que alguien tiene un derecho de este tipo equivaldría a afirmar que nadie tiene un poder normativo sobre nosotros y en relación con la clase de acción que afirmamos tenemos derecho a realizar –v. gr. expresarse libremente o profesar un determinado culto–. Estos derechos poseen dos características en común con los derechos especiales⁶³⁴. Pero también se diferencian en varios aspectos. Los derechos generales no surgen de ninguna relación transaccional especial entre las personas. Tampoco se trata de derechos propios de quienes los detentan sino derechos que tienen todos las personas capaces de elegir, en ausencia de aquellas condiciones especiales que dan origen a derechos especiales. Por último, este tipo de derechos tienen obligaciones correlativas de no-interferir, a las cuales *están sujetos todos los demás*. Se reafirman como objeción moral ante la

⁶³² Explica Hart: las promesas ilustran dos puntos característicos de los derechos especiales: 1) el derecho y la obligación surgen no porque la acción prometida tenga de por sí una cualidad moral particular, sino únicamente por la transacción voluntaria entre las partes; 2) la identidad de las partes interesadas es vital: sólo ‘este’ individuo (el que recibió la promesa) tiene una justificación moral para determinar en qué forma ha de actuar el promitente. El derecho es ‘suyo’; sólo en relación a él disminuye la libertad de elección del promitente, de modo que si elige liberar al promitente nadie más puede quejarse. Véase: HART, H. L. A., “¿Existen los derechos naturales”, cit., aquí pág. 55

⁶³³ *Ibidem*.

⁶³⁴ Por un lado, poseerlos significa tener una justificación moral para determinar cómo ha de comportarse otro, esto es, que no debe interferir. Por otro lado, la justificación moral no surge del carácter del acto a cuyo cumplimiento el reclamante no tiene derecho pues al no haber una relación especial entre él y quienes amenazan con interferir que justifique esa interferencia, su justificación moral está en el hecho de constituir una ejemplificación particular del derecho de todos por igual a ser libres. Cf. HART, H. L. A., “¿Existen los derechos naturales”, cit., aquí pág. 58

interferencia. Afirmar un derecho general, dice Hart, es reclamar, respecto de una acción particular, el derecho que tienen todas las personas por igual a ser libres en ausencia de aquellas condiciones especiales que constituyen un derecho especial para limitar la libertad de otro. La invocación de derechos generales invoca directamente el principio de que todas las personas tienen por igual derecho a ser libres⁶³⁵.

No es casual, por tanto, que el planteamiento de Hart suele considerarse como un exponente típico de la teoría de la elección. Por una parte, porque, respecto a la posición, entiende que los derechos suponen una situación de control del titular. Pero, sobre todo, porque es la voluntad la que sirve de fundamento a los derechos: debe ser una previa elección del sujeto obligado (una promesa o el consentimiento expreso o tácito) la que justifica la restricción de la libertad en la que el derecho consiste⁶³⁶. No obstante, su desarrollo se ha considerado insatisfactorio por varias razones⁶³⁷. En primer término, porque, como vimos, parece acoger la idea de que la libertad es el presupuesto de toda pretensión sobre derechos individuales confinando –en el caso de los derechos generales– su satisfacción mediante abstenciones de los demás⁶³⁸. Aquí sólo podrán ser titulares quienes tienen capacidad de elegir. Por ello no puede hablarse con propiedad de derechos de los niños, tal y como Hart reconoce⁶³⁹. Finalmente, se ha criticado también que ponga en juego inalienabilidad desde el momento de que cualquier derecho puede ser renunciado por su titular.

La teoría contemporánea del interés o del beneficiario se apuntaló a partir de esas objeciones. Sobre todo, destacando los problemas que supone para la teoría de la voluntad reconocer los derechos de los niños que, como suele decirse a menudo, constituyen un reto, un «*test case*», para las teorías de los derechos⁶⁴⁰. Si los derechos

⁶³⁵ Cf. HART, H. L. A., “¿Existen los derechos naturales”, cit., aquí pág. 59

⁶³⁶ Cf. BARRANCO AVILÉS, Ma. del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, cit. p. 302.

⁶³⁷ Véase: BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho.*, cit., aquí pág. 439 y ss.

⁶³⁸ *Ibidem*.

⁶³⁹ Escribe Hart: “las anteriores consideraciones deben inclinarnos a no extender a los animales o a los recién nacidos, a quienes no está bien maltratar, la noción de un derecho a un buen trato debido, porque la situación moral se puede describir sencilla y adecuadamente al decir que está mal o que no debemos maltratarlos, o bien, en el sentido filosófico generalizado de ‘deber’ que nuestro deber es no maltratarlos”. HART, H. L. A., “¿Existen los derechos naturales”, cit., aquí pp. 51-52.

⁶⁴⁰ MACCORMICK, Neil D., “Children’s Rights: a Test Case for Theories of Right”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXII, 1976, pp. 305-316 [cito por la trad. cast. de N. Torbisco, “Los derechos de los niños. Un test para las teorías de los derechos” en: F. Isabel (comp.), *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, pp. 61-76]. Escribe MacCormick: precisamente porque el concepto de ‘derechos de los niños’ es difícil de encajar en algunas teorías sobre lo que significa para alguien tener un derecho, los derechos de los niños constituyen un buen caso para poner

pueden definirse como poderes normativos para determinar las obligaciones de otros sujetos mediante el ejercicio de la voluntad de su titular, ¿qué sucede con quienes no tienen capacidad de elección, o quienes la tienen disminuida –paradigmáticamente, los niños–? En efecto, si se considera que, en última instancia, los derechos confieren a su titular el control sobre ciertas garantías que protegen el ejercicio de la voluntad en el ámbito delimitado por el derecho, es difícil, por no decir imposible, pensar en derechos de personas que carecen de autonomía: el hecho de que no exista tal capacidad supone la inexistencia o la reducción del objeto para cuya protección se constituye el objeto⁶⁴¹.

Por ello, una afirmación del tipo: «al menos desde su nacimiento todo niño tiene el derecho a ser alimentado, cuidado, y, si es posible, querido, hasta que llegue a ser capaz de cuidarse por sí mismo o misma» constituye un auténtico reto para las teorías de la voluntad. El argumento, como veremos enseguida, es que, precisamente porque los niños tienen derechos, la teoría de la voluntad debe abandonarse. En la interpretación de MacCormick, esta última sostiene que «aquello que es común a todos los tipos de derechos es la centralidad de la elección, o la voluntad, del titular de la relación dada»⁶⁴². Un derecho legal o moral sería equivalente «a un poder, legal o moral, de renuncia o de exigencia de deberes y, en cualquier caso, los derechos existen sólo cuando las personas poseen tales poderes normativos sobre los derechos de los demás»⁶⁴³. Pues bien, si se acepta tal punto de vista parece que «atribuir a los niños derechos al cuidado, a la alimentación y al amor constituye una muestra de ineptitud: un bebé no puede ni fáctica, ni moral, ni legalmente, liberar a sus progenitores de su deber en tales materias»⁶⁴⁴.

Alguien en las coordenadas de la teoría de la voluntad podría recurrir al expediente de la representación para, como dice T. D. Cambell, «evitar la vergüenza»

a prueba a las teorías de los derechos en general. De impagable aportación de los derechos de los niños habla L. Hierro (Véase: “El niño y los derechos humanos” en: I. Fanlo (comp.) *Derechos de los niños*, cit.) quien adoptó esta teoría en un trabajo temprano: “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto, *Sistema*, núm. 46, 1982, pp. 45-61; También LAPORTA, Francisco, (“Sobre el concepto de derechos humanos”, cit. pp. 29-30.) «con la atribución de derechos los sistemas normativos buscan la satisfacción o la realización de algo en interés de la persona a que se atribuyen siendo aquellos la expresión de una especial consideración que los sistemas normativos atribuyen a ciertas situaciones o estados de cosas relativos a los individuos de una cierta clase».

⁶⁴¹ Cf. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, pág. 294.

⁶⁴² MACCORMICK, Neil D., “Los derechos de los niños”, cit., aquí pág. 62-3.

⁶⁴³ MACCORMICK, Neil D., “Los derechos de los niños”, cit., aquí pág. 63.

⁶⁴⁴ MACCORMICK, Neil D., “Los derechos de los niños”, cit., aquí pág. 64.

que supone negar derechos a los niños⁶⁴⁵. Bastaría que en lugar de *B*, alguna otra persona *C*, actuando en su nombre, posea los poderes relevantes sobre los deberes de *A* hacia *B*. Sin embargo esta vía les estaría vedada. Según MacCormick, cuando un niño es sustraído a la tutela de sus padres y confiado al cuidado de otra persona, dicha medida no se concibe como producto de la renuncia del deber por parte de los padres –en realidad los padres pueden ser penalizados por los actos negligentes que justificaron la medida⁶⁴⁶–. La transferencia de la potestad de cuidado a un tercero, en sentido similar, tampoco se dirige a exonerar al padre del deber en el sentido de eximirle de la posibilidad de recibir sanciones por su infracción. En definitiva, lo que ello mostraría es que las disposiciones jurídicas de cuidado del niño carecen del carácter discrecional esencial de la teoría de la voluntad ya que: «no se trata de que el niño, o quien actúa en su nombre, pueda optar por cumplir con el deber de cuidado y alimentación, como una opción que pueda o no ser ejercida de acuerdo con la elección arbitraria»⁶⁴⁷.

La paradoja parece clara: «o bien nos abstenemos de atribuir a los niños un derecho al cuidado y alimentación, o bien abandonamos la teoría de la elección». MacCormick se decanta por esto último:

«es más, diría que precisamente *porque* los niños tienen ese derecho que conviene que existan disposiciones jurídicas que, en primera instancia, exhorten y asista a los padres en el cumplimiento de sus deberes de cuidado y alimentación y, secundariamente, prevean la realización de estos deberes de padres adoptivos, en caso de que los padres biológicos no estén cualificados para ello, ya sea por muerte, o negligencia deliberada y persistente. *Ubi ius, ibi remedium*. Así, no es que la disposición que establece el remedio sea constitutiva

⁶⁴⁵ CAMPBELL, Tom D., “The rights of the minors: as person, as child, as juvenile, as future adult” en: Ph. Alston, S. Parker y J. Symur, (eds.), *Childern Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 1-23 [trad. cast. de M. Narváez Mora, “Los derechos del menor en tanto que persona, niño, joven y futuro adulto” en: I. Fanlo (comp), *Derechos de los niños*, cit., pp. 107-141, aquí pág. 112.]

⁶⁴⁶ Como escribe MacCormick: “la idea central es que la realización de las funciones de cuidado y alimentación en interés del niño es tan fundamental, especialmente en la infancia, que se nombra a otra persona que asumirá el deber de cumplirlas sobre la base de que los progenitores se niegan o son temporal o permanentemente incapaces de hacerlo”. (Véase: “Los derechos de los niños”, cit., aquí pág. 65.)

⁶⁴⁷ MACCORMICK, Neil D., “Los derechos de los niños”, cit., aquí pág. 66.

del derecho, sino que, por el contrario, el reconocimiento del derecho justifica la imposición de provisiones correctivas»⁶⁴⁸.

Repárese en esto último donde se aprecia el *núcleo* de la teoría del interés: los niños tienen derechos si sus intereses son la base para tener reglas que requieran que los demás se comporten de cierto modo respecto de esos intereses⁶⁴⁹. O también podríamos decir con J. Raz: «una persona tiene un derecho si, y sólo si, su *interés* es suficiente para sujetar a otro a un deber de hacer algo sobre la base de que esa acción respeta o promueve tal interés»⁶⁵⁰.

Así, por fin, dirá el profesor escocés que, por lo que respecta a los derechos morales: «atribuir a todos los miembros de una clase *C* el derecho a un trato *T* es presuponer que *T* es, en circunstancias normales, un bien para cada miembro de *C*, y que *T* es un bien de importancia tal que sería erróneo que se le denegara o sustrajera a cualquier miembro de *C*»⁶⁵¹. Por lo que respecta a los derechos legales: «cuando el ordenamiento jurídico confiere a todos los miembros de *C* un derecho a *T*, se entiende que están promoviendo los intereses de todos y cada uno de los miembros de *C* sobre la base de la suposición de *T* es un bien para cada miembro de *C*, y el ordenamiento jurídico tiene el efecto de declarar ilegal la sustracción de *T* a cualquier miembro de *C*»⁶⁵². Lo que aquí va a definir el derecho es el beneficio o interés que se protege para su titular y del que se deriva el deber o deberes que se impone sobre otro u otros. Esto es, tener un derecho equivaldría a afirmar que «cierta situación o estado de cosas se considera moralmente una necesidad o un aspecto del bienestar *de cada uno* de ellos suficientemente importante como para garantizarles el acceso a esa situación o estado de cosas que se reputa valioso (o, según los casos, la permanencia en él), lo que dependiendo de la clase de necesidad, interés o aspecto del bienestar de que se trate,

⁶⁴⁸ MACCORMICK, Neil D., “Los derechos de los niños”, cit., aquí pág. 66-7.

⁶⁴⁹ CAMPBELL, Tom D., “Los derechos del menor” cit., pág. 114. “No existe la presunción de que esos intereses sean la expresión de capacidades racionales, aunque algunos puedan serlo”.

⁶⁵⁰ RAZ, Joseph, “On The Nature of Rights”, *Mind*, vol. 93, (núm. 370), 1984, pp. 194-214, aquí, pág. 195 [ahora en: *Id.*, *The Morality of Freedom*, capítulo 7,]; se pronuncia en sentido similar en: “Liberating Duties”, *Law and Philosophy*, núm 8, 1989, pp. 3-21 [trad. al cast. de C. Melón, “Independizar a los deberes”, en Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona Gedisa, 2001, pp. 42-56, por donde se cita, aquí pág. 44.]

⁶⁵¹ MACCORMICK, Neil D., “Los derechos de los niños”, cit., aquí pág. 69.

⁶⁵² *Ídem*.

justifica la imposición en favor de *cada uno* de obligaciones generales tanto positivas como negativas»⁶⁵³.

Creo que las posiciones son ya bastante claras. Faltaría, sin embargo, apuntar las posibles críticas a la teoría interés. Al analizar el tratamiento de los derechos por J. Bentham, clásico exponente de la teoría del beneficiario, Hart señaló que el principal reparo que puede hacerse es que hace superflua la idea de derechos⁶⁵⁴. Esto es: si cuando decimos que una persona tiene un derecho no significa otra cosa que es beneficiario de una obligación, entonces ‘tener un derecho’ es un término innecesario y quizá confuso en la descripción del Derecho. Todo lo puede decirse con esta terminología puede y de hecho es mejor descrita con la terminología —ésta sí indispensable— del deber⁶⁵⁵. Por otra parte, respecto al interés podría preguntarse qué carácter tiene, esto es, si se trata de un interés subjetivo u objetivo. Si se trata de la primera opción, resulta claro que el interés se diluye en la voluntad. Si, por el contrario, hablamos de un interés o bien de tipo objetivo surgen dos dudas. La primera es qué bien tendría dicho estatus (según L. Hierro, MacCormick pretende objetivar el bien o interés en la idea de necesidad⁶⁵⁶). La segunda es a quién correspondería la determinación: la objetivización del interés supone que alguien —usualmente el Estado, que es el encargado de reconocer los derechos— determina su presencia⁶⁵⁷.

Ambas teorías presentan flancos criticables. Por ello, más que prescindir de alguno de los elementos, los autores plantean cuál de ellos debería primar. La teoría de la voluntad se colige con una visión racionalista de los derechos. Esto es con una idea de derechos pre-jurídicos en tanto esferas de libre actuación. Por ello, tal y como Hart señala, sólo un principio del tipo «todos los hombres tienen igual derecho (natural) a ser libres» es todo cuanto la tradición liberal habría necesitado para respaldar un programa de acción⁶⁵⁸. No obstante, él mismo reconoció que la teoría de la voluntad no puede tomarse como exhaustiva de la noción de derecho sobre todo en

⁶⁵³ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, cit., aquí pág. 442.

⁶⁵⁴ HART, H. L. A., “Legal Rights”, en: *Íd., Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 162-193, aquí pág. 182.

⁶⁵⁵ Cf. HART, H. L. A., “Legal Rights”, cit., aquí pág. 181.

⁶⁵⁶ Cf. HIERRO, Liborio, “¿Derechos humanos o necesidades humanas?, *passim*.”

⁶⁵⁷ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, cit., pág. 298

⁶⁵⁸ HART, H. L. A., “¿Existen los derechos naturales”, cit., aquí pág. 47

contextos en que «ciertas libertades y prestaciones [*benefits*] se consideran esenciales para el mantenimiento de la vida, la seguridad, el desarrollo y la dignidad del individuo. Tales libertades y prestaciones se reconocen como derechos en las Constituciones a través de un *Bill of Rights* que ofrecen protección individual incluso contra el proceso legislativo»⁶⁵⁹. En tanto ancladas en el ámbito del Derecho ordinario, esto es, de los derechos de los ciudadanos en contra de los ciudadanos las teorías de la voluntad y del interés no parecen adecuadas cuando hablamos de derechos fundamentales [*fundamental rights*]⁶⁶⁰.

Por otra parte, en la teoría del beneficiario la correlación derechos-deberes es de obligado corolario, pero con el riesgo de implicar una prioridad lógica de (y quizás axiológica) los deberes sobre los derechos⁶⁶¹. Si lo definitorio del derecho es un interés (objetivado), se corre el riesgo de que pueda quedar excluida la capacidad de control por parte de los individuos. De ser así, dejaríamos hablar de derechos para comenzar a hablar de deberes⁶⁶². Para salvar estos obstáculos desde la teoría del beneficiario se ha dicho que, en todo caso, lo que tiene primacía es la noción de derecho sobre la del deber. Esta teoría se presenta más comprehensiva en la medida en que en su radio de fundamentación no sólo encontraríamos obligaciones negativas sino también positivas. Podrían fundamentarse deberes de protección para aquellos sujetos que carecen de autonomía⁶⁶³. Por ello «entender los derechos como intereses, necesidades o bienes merecedores de protección jurídica tiene la ventaja de ser más comprensiva al ser capaz de integrar no sólo los derechos indisponibles para su titular, como la mayoría de los derechos sociales, y los de libertad, a la que también se puede

⁶⁵⁹ Hart, H. L. A., “Legal Rights”, *Id.*, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, OUP, 1982, pp. 162-193, aquí pág. 189.

⁶⁶⁰ HART, H. L. A., “Legal Rights”, pág. 190.

⁶⁶¹ HIERRO, Liborio, “¿Derechos humanos o necesidades humanas?”, cit., aquí pág. 58 y ss.

⁶⁶² BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, cit., pág. 308

⁶⁶³ Este es, como vengo insistiendo, uno de los más graves flancos de crítica que presente la teoría de la voluntad o de la elección: que dejan sin fundamento los derechos de las personas incapaces. Por ello, los flancos de crítica formulados a la misma pasan por dos planos: de la inalienabilidad y el de su universalidad. En el primero, se dice en algunos casos que si los derechos son inalienables entonces, los mismos no pueden estar sujetos a la capacidad de control del titular. En el segundo, tiene que ver con el déficit ya señalado de esta teoría para dar cause de los derechos de aquellos que están incapacitados para controlar los mecanismos de protección. Un análisis crítico de los presupuestos ilustrados de la moderna noción de capacidad jurídica que implica la exclusión de todos aquellos que caen fuera de su radio, v. gr. los tradicionalmente catalogados como ‘incapaces’, y que viene siendo cuestionado por un nuevo paradigma promovido desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, puede verse en: CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, cit.

considerar, junto con la disponibilidad que comportan, como una necesidad o bien básico»⁶⁶⁴.

Buscar una solución satisfactoria, en definitiva, que aúne todas nuestras intuiciones a propósito de los derechos no parece posible. De ahí que en sus formulaciones actuales, al conferir relevancia a ambas, suelen referirse al elemento predominante. Ahora bien, me gustaría destacar el hecho de que la teoría de la elección tiene un componente que podríamos vincular con el legalismo en la medida en que desde este punto de vista la función de los derechos es vista como una cuestión que tiene que ver con la protección y el fomento de la autonomía individual⁶⁶⁵. Este es la tesis que en el plano justificativo se esgrime desde tal posición. Sin embargo, y tal y como ya hemos señalado, el propio Hart, uno de sus máximos exponentes, entiende que la misma es muy restrictiva y que no alcanza a cubrir parte del espectro de nuestros derechos. De ahí la mayor aceptación de la teoría que entiende los derechos como intereses, necesidades o bienes merecedores de protección. Ahora bien, conviene tener presente, tal y como señala A. Ruiz Miguel, que tal teoría «sigue teniendo el inconveniente básico de que para mantener su capacidad explicativa de la variedad de los derechos usualmente reconocidos debe objetivar de tal manera la idea de interés o necesidad que termina incurriendo en ficciones *ad hoc*: así para poder dar cuenta de los casos que se tiene un derecho en beneficio de otro debe decir que el titular satisface una necesidad de primer grado, destinada en segundo grado a beneficiar a terceros, invirtiendo así la razonable atribución de la necesidad de primer grado a los beneficiarios»⁶⁶⁶.

1.3 SOBRE LA ESTRUCTURA DE DERECHO SUBJETIVO: KELSEN, HOHFELD Y ALEXY

Uno de los análisis más influyentes durante el siglo pasado sobre el derecho subjetivo, y no obstante su reduccionismo, fue sin duda el de Hans Kelsen. El célebre profesor austriaco objetó las teorías al uso de su época sobre el derecho subjetivo, esto es, las teorías del interés, de la voluntad así como la teoría ecléctica⁶⁶⁷. Sin embargo, se

⁶⁶⁴ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Para una teoría jurídica de los derechos humanos”, cit. aquí pág. 447.

⁶⁶⁵ EDMUNSON, William A., *An Introduction to Rights*, cit., aquí pág. 122

⁶⁶⁶ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Para una teoría jurídica de los derechos humanos”, cit. aquí pág. 448.

⁶⁶⁷ Véase: KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von*

detiene particularmente en las tesis de Jhering, para sostener, contra éste, que no es posible identificar el derecho subjetivo con un supuesto hecho psicológico, como sería el interés. En efecto, según Kelsen:

«quien afirme, con Jhering, que el orden jurídico persigue como fin el proteger los intereses de los individuos, sólo podrá entender esto, primordialmente, en el sentido de considerar como misión de las leyes la protección de aquello que el individuo siente y reputa, en el caso concreto, como su interés. El interés es un sustrato de hecho puramente psíquico y de naturaleza, concretamente, psíquico-individual, acerca de cuya existencia o inexistencia decide, exclusivamente el estado de ánimo del individuo»⁶⁶⁸.

Sus críticas tuvieron por objeto demostrar que poner el “interés” en el centro del concepto de derecho subjetivo llevaba a una consecuencia insostenible: tener que fingir, o presumir, en contra de los hechos, la existencia de tal interés en los casos en que no existía⁶⁶⁹. Para el profesor austriaco, por el contrario, puede haber derechos subjetivos sin interés, e intereses sin derecho. No todo interés es un derecho sino sólo los intereses protegidos por el Derecho.

En realidad, el error fundamental de las teorías aludidas, según Kelsen, es que insisten en ver el derecho subjetivo distinto al Derecho objetivo, como algo material extrajurídico que el ordenamiento protege. En sus palabras: «exactamente igual que los teóricos del derecho natural, Jhering no cree necesario *derivar* el derecho subjetivo del derecho objetivo; lejos de ello, lo concibe como algo sustancialmente distinto a la norma jurídica. El derecho objetivo es algo aparentemente formal, protección o limitación del derecho subjetivo ‘jheringiano’, en cambio, al igual que el de los teóricos iusnaturalistas, constituye algo material: el objeto de protección, lo protegido»⁶⁷⁰. Para Kelsen, por el contrario, los enunciados que se refieren a derechos subjetivos son equivalentes a ciertos enunciados que versan sobre el derecho objetivo,

Rechtssatzs, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1911 [trad. al cast. de la 2ª ed., alemana a cargo de W. Roces con notas y revisión de U. Schmill, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Porrúa-UNAM, 1987, por donde se cita, aquí pág. 498]

⁶⁶⁸ KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., pág. 502

⁶⁶⁹ Véase: CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*. cit., aquí pág. 29

⁶⁷⁰ KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., pág. 498

ya que hablar en términos de derechos subjetivos no es más que describir la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada⁶⁷¹. Así, puede apreciarse que el problema que veía nuestro autor es que se tiende a confundir el contenido con la forma, y el derecho subjetivo es forma y no contenido, la protección y no lo protegido⁶⁷².

En la *Teoría pura del Derecho* Kelsen hace referencia a cinco sentidos en los que suele hablar de derecho subjetivo:

- a) Como «*derecho reflejo*»: es el sentido en el cual el derecho subjetivo no es sino el trasunto del deber de otro. Esto es, «el derecho subjetivo es el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo».
- b) Como «*derecho en sentido técnico*»: consiste en el poder jurídico otorgado por el orden jurídico a un individuo, «aparece cuando, entre las condiciones constituyentes de la sanción de una obligación jurídica, se encuentra una acción dirigida al órgano de aplicación, en forma de una demanda o querrela para obtener la ejecución de una sanción, acción iniciada por el individuo en cuyo respecto se exige la obligación»⁶⁷³. Este es el sentido central que según Kelsen debemos entender por derecho subjetivo: «sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico, encontramos en el derecho en sentido subjetivo, diferente de la obligación jurídica, un derecho subjetivo en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación. El ejercicio de este poder jurídico es ejercicio del derecho en sentido propio de la palabra»⁶⁷⁴.
- c) Como «*permisión (administrativa) positiva*»: es el sentido por el cual decimos que alguien tiene un derecho subjetivo por «el hecho puramente negativo de no estar prohibido». Es decir, cuando se tiene derecho a comportarse de una determinada manera toda vez que el orden jurídico no prohíbe determinadas

⁶⁷¹ Véase: DE PÁRAMO, Juan Ramón, “El derecho subjetivo”, cit., aquí pág. 374.

⁶⁷² KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cit., pág. 502

⁶⁷³ KELSEN, Hans, *Teoría pura*, cit., aquí pág. 149.

⁶⁷⁴ KELSEN, Hans, *Teoría pura*, cit., aquí pág. 147.

conductas. Esta situación de «tener un derecho» puede consistir también en que el orden jurídico condiciona determinada actividad –como por ejemplo el ejercicio de una determinada profesión– a la concesión u otorgamiento de «licencia», como una permisión que debe ser concedida por determinado órgano de la comunidad para que con ella se realicen determinados negocios jurídicos que están generalmente prohibidos –como vender bebidas alcohólicas, o ciertos medicamentos que contienen drogas–⁶⁷⁵.

- d) Como «*derechos políticos*»: se trata de los derechos subjetivos que permiten a los individuos participar en la formación del Derecho objetivo (sea de modo directo o de modo indirecto). En palabras Kelsen: «se les caracteriza por el hecho de conceder a los derecho habientes una participación en la constitución de la voluntad estatal, es decir, en la producción de normas jurídicas, entonces también el derechos subjetivo es un derecho político, puesto que éste también permite participar al titular del derecho en la constitución de la voluntad estatal. La misma se expresa en la norma individual de la sentencia judicial, no menos que la norma general de la ley»⁶⁷⁶.
- e) Como «*derecho o libertad fundamental*»: según Kelsen para que este tipo de derechos o libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente sean derechos subjetivos en sentido de un poder jurídico se precisa que el orden jurídico otorgue al individuo que es afectado por la ley inconstitucional, un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley constitucional⁶⁷⁷. De tal forma que «mientras que la garantía constitucional de los llamados derechos y libertades fundamentales no signifique otra cosa que la mayor dificultad señalada en la limitación por ley de esos “derechos”, no tenemos derecho alguno en sentido subjetivo».

Esta es, esquemáticamente, la presentación hecha por el profesor austriaco. La misma ha estado sujeta a un gran número de críticas. Ahora bien, la reducción del derecho

⁶⁷⁵ Cf. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, cit., aquí pág. 150.

⁶⁷⁶ Cf. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, cit., aquí pág. 151.

⁶⁷⁷ Cf. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, cit., aquí pág. 155.

subjetivo al deber y de éste a las normas que imponen sanciones es un rasgo coherente con la visión kelseniana del Derecho, en franca oposición a las teorías dualistas o iusnaturalistas⁶⁷⁸. No obstante, se le critica su reduccionismo de la noción del derecho subjetivo al circunscribirlo al poder jurídico o la acción procesal para demandar ante un órgano el cumplimiento de un deber. Al hacerlo, Kelsen no distingue entre enunciados sobre los derechos y enunciados sobre la protección de tales derechos. Es decir, no distingue entre el derecho y su garantía⁶⁷⁹. Asimismo, se le ha criticado respecto a los derechos políticos y libertades fundamentales que Kelsen sólo da cuenta de uno de los aspectos de los mismos y que a él le interesa. Según Cruz Parceró, lo que sucede es que en el análisis kelseniano no se enfoca en su justa dimensión el papel que cumplen los derechos en la interpretación constitucional: los mismos no sólo sirven para anular leyes inconstitucionales sino también para guiar el contenido de otras leyes que tiene que reflejar y concretar esos derechos constitucionales. En su análisis se trunca su función de guía interpretativa para el juez, legislador y otros órganos públicos así como el hecho de que la validez de las leyes misma se ve afectada por la influencia de los derechos⁶⁸⁰. Pasemos ahora a otro esquema fundamental: el de Hohfeld.

Uno de los trabajos más influyentes desde el punto de vista analítico sobre los derechos lo constituye sin duda el trabajo o modelo propuesto por Wesley N. Hohfeld. Como se recordará, este autor comienza su famoso trabajo *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* señalando los problemas que se presentan al generalizar el uso de expresiones tales como “derechos” y “deberes” para referir toda relación jurídica. En sus palabras: «uno de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a “derechos” (subjetivos) y “deberes” y que estas últimas categóricas son por lo tanto, adecuadas para analizar los intereses

⁶⁷⁸ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, cit., pág. 318.

⁶⁷⁹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*. cit., aquí pág. 30.

⁶⁸⁰ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*. cit., aquí pág. 31.

jurídicos más complicados»⁶⁸¹. La ambigüedad que presentan tales palabras hacen de ellos una especie de palabras «camaleón», lo que no haría sino «mostrar la correspondiente pobreza de los conceptos jurídicos vigentes y la confusión que impera respecto a ellos»⁶⁸².

Pues bien, una vez constatado lo anterior entre los usos lingüísticos de los juristas, Hohfeld se dispuso a identificar las distintas situaciones en las cuales está colocado el titular del “derecho”. Así, va a señalar que «las relaciones jurídicas estrictamente fundamentales, después de todo, son *sui generis*. Es por ello que los intentos de definición formal son siempre insatisfactorios, si no completamente inútiles. De acuerdo con esto, la línea de ataque más promisorio consiste en exhibir todas las diversas relaciones en un esquema de ‘opuestos’ y ‘correlativos’, y luego proceder a ejemplificar su alcance y aplicación individuales en los casos concretos»⁶⁸³. Pues bien, las distintas situaciones en las que puede estar colocado el titular son: derecho subjetivo en sentido estricto (pretensión), privilegio o libertad, potestad, poder e inmunidad, cada una de las cuales va a definirse en atención a su correlativo o contrario. De tal forma que alguien está en situación de un derecho subjetivo, cuando el correlativo obligado está en situación de deber y ocupa una situación opuesta a la de no-derecho. Un sujeto está en situación de privilegio y libertad cuando el correlativo obligado está en una situación de no-derecho y ocupa la oposición opuesta al deber. Se dice que alguien está colocado en la posición de potestad cuando el correlativo obligado está en sujeción y ocupa la posición opuesta de una incompetencia. Finalmente, un sujeto es titular de una inmunidad cuando el correlativo obligado tiene una incompetencia; en este caso, la situación opuesta sería la sujeción⁶⁸⁴.

Detengámonos en cada una de las posiciones jurídicas fundamentales con más detalle. Para Hohfeld, la pretensión o el derecho subjetivo en sentido estricto es aquel

⁶⁸¹ HOHFELD, Wesley N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, núm. 23, 1913-194, pp. 16-59 [trad. al cast. de G. R. Carrió, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, 3ª. ed., Fontamara, México, 1995, por donde se cita, aquí pág. 45]

⁶⁸² Escribe el autor: “ya sea un problema jurídico como de otro tipo, las palabras “camaleón” constituyen un peligro tanto para el pensamiento claro como para la expresión lúcida” [o en la versión original en inglés: *for in any closely reasoned problem, whether legal or non-legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression* (aquí pág. 29)]. Cf. HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., pp. 45-6)

⁶⁸³ *Ibidem*.

⁶⁸⁴ HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., aquí pág. 47 y ss.

cuyo correlativo es un deber. Escribe el autor norteamericano: «si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra ‘derecho’ (subjetivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Esa pista o indicio consiste en el ‘deber’ (*duty*) deber correlativo, porque no cabe duda que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto de ‘derecho’ (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en ‘deber’ como su correlativo invariable»⁶⁸⁵. Ahora bien, el contenido de la pretensión puede ser muy variado y consistir en una libertad, en una prestación o en el disfrute de algo⁶⁸⁶. Lo importante en el esquema, en todo caso, es que alguien tiene una pretensión –es decir, un derecho subjetivo en sentido propio– cuando otra persona tiene un deber correlativo respecto a ella⁶⁸⁷.

El privilegio, por su parte, es el opuesto de un deber y el correlativo de un ‘no-derecho’. Esto último es precisamente lo que lo diferencia de la pretensión: mientras que el correlativo de este último es un deber, el correlativo del privilegio es un “no-derecho”. Señala Hohfeld: «El correlativo de un privilegio es un ‘no-derecho’, expresión que usamos en razón de que no existe ninguna palabra acuñada para expresar este concepto. Así, el correlativo del derecho de X a que Y no entre en el inmueble del primero es el deber del segundo de no entrar; pero el correlativo del privilegio que tiene X de entrar es, de modo manifiesto, el ‘no-derecho’ de Y a que X no entre»⁶⁸⁸. De esta forma, podríamos decir que una libertad para hacer algo se contrapone a un deber de contenido opuesto, es decir, referido a la conducta opuesta a la que es contenido de la libertad: se es libre para hacer algo cuando no se tiene el deber de no hacerlo y se es libre para no hacer si no se tiene el deber de hacer. Para explicar lo anterior, resulta muy socorrido acudir al ejemplo dado por Genaro R. Carrió en el prólogo a la traducción en castellano de *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*: en el boxeo cada contendiente tiene el

⁶⁸⁵ HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., aquí pág. 49.

⁶⁸⁶ Cf. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Para una teoría jurídica de los derechos humanos”, cit. aquí pág. 455.

⁶⁸⁷ Nuevamente en palabras de Hohfeld: “Si X tiene el derecho de excluir a Y de un inmueble del primero, la situación correlativa (y equivalente) es que Y tiene a X el deber de permanecer fuera de aquel lugar. Si, tal como parece deseable, buscaráramos un sinónimo a la palabra de derecho (subjetivo) en este sentido limitado y propio quizás la palabra “pretensión” (*claim*) resultaría ser la mejor. Cf. HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., aquí pág. 50.

⁶⁸⁸ Cf. HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., aquí pág. 51-2.

privilegio de dar a su oponente golpes reglamentarios y sobre ambos pesa un no-derecho que hace que no puedan exigir que el orto se abstenga a su vez de golpearlos; todo ello, sin perjuicio del perímetro de derechos y deberes que cada uno tiene impuestos por las reglas del boxeo, como el derecho a exigir que no se den golpes bajos y el deber correlativo de abstenerse de darlos. De ahí que resulte necesario distinguir, al hablar de privilegios o libertades, de dos situaciones: por un lado, el hecho de que la libertad de uno sólo implica el no-derecho de otro y, en tal sentido, queda un margen en el que cierto daño o interferencia está permitido; por el otro, que en un sistema jurídico habrá siempre un perímetro de deberes y prohibiciones que acotan el o daño interferencia⁶⁸⁹.

La potestad, que según nos dice Hohfeld es una cosa distinta al poder físico o psíquico, es el opuesto de una incompetencia jurídica y el correlativo de una sujeción jurídica. Según Hohfeld: «un cambio de una determinada relación jurídica puede resultar: (1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes, que no están bajo control de la voluntad de uno o más seres humanos; o (2) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos. En relación con la segunda clase de casos, se puede decir que, la persona (o personas) cuyo controlador es decisivo tiene la potestad (jurídica) de efectuar el particular cambio de la relación jurídica en juego»⁶⁹⁰. Es decir, la potestad no es sino la posición del particular que tiene la competencia para afectar a la situación jurídica de otra persona que se encuentra bajo su sujeción (*liability*) en una determinada relación jurídica. A esto último, esto es, cuando una persona puede efectuar un cambio en una relación jurídica en juego, también pueden llamarse, según dice el propio autor, «competencia jurídica»⁶⁹¹. Lo característico de las potestades o competencias es la atribución a los titulares de la posibilidad de crear, modificar, o extinguir derechos u obligaciones privados, o poderes o deberes públicos, mediante el acto previsto *constitutivamente* por las normas que otorgan dicha posibilidad⁶⁹².

⁶⁸⁹ Cf. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*. cit., aquí pág. 35.

⁶⁹⁰ Cf. HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., aquí pág. 68.

⁶⁹¹ Cf. HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., aquí pág. 69 y ss.

⁶⁹² Cf. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Para una teoría jurídica de los derechos humanos”, cit. aquí pág. 457; quien sigue a su vez, a Robert Alexy.

La sujeción es el correlativo a la potestad y el opuesto a una inmunidad (o excensión). Según Hohfeld a menudo la palabra sujeción (*liability*) se utiliza de forma imprecisa como sinónimo de deber u obligación⁶⁹³. En efecto, como explica Cruz Parceró, en ocasiones es utilizado incorrectamente como sinónimo de desventaja o adversidad cuando no obstante, las modificaciones jurídicas a las que una persona está sujeta pueden ser tanto favorables como desfavorables, esto es, pueden dar lugar tanto a privilegios, derechos e inmunidades, como a deberes, no derechos o incompetencias. De tal forma que la sujeción no implica estar obligado, sino estar sujeto a poder o competencia de otra persona⁶⁹⁴. Así, por ejemplo, el propietario de una cosa mueble tiene la potestad de extinguir su propio interés jurídico en la cosa (derechos, potestades, inmunidades, etc.) mediante la totalidad de hechos operativos que constituyen el abandonado, y al mismo tiempo la de crear en otras personas privilegios e inmunidades referentes al objeto abandonado, como sería la potestad de adquirir el dominio mediante apropiación.

Finalmente, una inmunidad es el correlativo de una incompetencia (“no-potestad”), y el opuesto (o la negación) de una sujeción⁶⁹⁵. Hohfeld equipara la relación que existe entre una pretensión y un privilegio a la que existe entre una potestad y una inmunidad, ya que mientras que el privilegio es la libertad frente a la pretensión de otro, la potestad es el control afirmativo frente a otros sujetos en una relación jurídica. El autor da nuevamente el ejemplo de un bien inmueble: «X propietario de un inmueble, tiene, como hemos visto, la potestad de enajenarlo a Y o a cualquier otra persona. Por otra parte, X tiene también varias inmunidades frente a Y y a todos los demás. Y está limitado por una incompetencia (esto es, carece de potestad) en lo que concierne a desplazar el interés jurídico de X en dirección a sí mismo a hacia un tercero»⁶⁹⁶. Nuevamente con Cruz Parceró, podríamos decir que esta es otra de sus contribuciones fundamentales: cuando hablamos de ‘derecho’ de una persona a no ser privada de su libertad o de su propiedad sin el debido proceso, la

⁶⁹³ El ejemplo que Hohfeld da es el siguiente: “Todas las personas libres de sexo masculino y de raza blanca, mayores de 20 años y menores de 61, estarán sujetas a servir como jurados, salvo las excepciones que más adelante se establecen”, es obvio que el texto de esta ley sólo impuso una sujeción y no un deber. Es una sujeción que somete a la creación de un deber. (Véase: HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., aquí p. 79)

⁶⁹⁴ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*. cit., aquí pág. 36.

⁶⁹⁵ HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., aquí p. 79

⁶⁹⁶ HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, cit., aquí p. 81

idea que se quiere transmitir es que dicha persona es inmune contra los actos de los gobernantes que no cuenten con el poder jurídico (autorización judicial) de modificar una relación o situación jurídica. Y a pesar de que esta relación resulta ser de la negación de la relación poder-sujeción, no le resta su importancia; sobre todo si tenemos en cuenta que algunos de nuestros derechos fundamentales pueden ser analizados en términos de inmunidades frente al poder del Estado⁶⁹⁷.

La propuesta de Hohfeld de los derechos subjetivos es importante en la medida en que nos brinda una poderosa herramienta analítica para comprender las distintas relaciones que pueden involucrar la referencia a algunos derechos y libertades. Uno de sus principales problemas es quizá que maneja la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes, lo que dificultaría su utilización como categoría para explicar los derechos fundamentales. Evidentemente que el trabajo de Hohfeld no resuelve todos los problemas en torno a los derechos, pero ha demostrado ser una herramienta muy útil para aclarar cómo usamos y cómo hablamos de los derechos, de modo que este tipo de análisis es necesario para cualquier teoría estructural de los derechos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que desde este tipo de análisis estructural ha sido prototípico de la tradición liberal y que se muestra en ocasiones insuficiente, como venimos insistiendo, para dar cuenta de todas las aristas de los derechos. Sobre todo, la exclusión de todos aquellos derechos que escapen de la órbita liberal como pueden ser los derechos económicos, sociales y culturales. Un tratamiento integral, por el contrario, debería tener en cuenta otros aspectos como los funcionales o los teleológicos. De este tipo sería, por ejemplo, la propuesta de R. Alexy, a la que me gustaría referirme en esta última parte.

En su *Teoría de los derechos fundamentales* el profesor alemán comienza constatando que las distintas polémicas a propósito del concepto de derecho subjetivo y se cuestiona si el término debe reservarse sólo para algunas posiciones o debe ser utilizada en un sentido lo más amplio posible. Alexy se decanta por utilizar la expresión siguiendo los usos existentes, esto es, como un concepto general para posiciones muy diferentes, y luego, en el marco del concepto trazar distinciones y llevar a cabo consideraciones terminológicas⁶⁹⁸. Pues bien, según Alexy los derechos

⁶⁹⁷ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*. cit., aquí pág. 36.

⁶⁹⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 162-3.

fundamentales en tanto derechos subjetivos pueden dividirse en tres posiciones que han de ser designadas como derechos: los derechos a algo, las libertades y las competencias. En esta parte me voy a detener sólo en el análisis que hace de los derechos a algo en la medida en que nos ayuda a comprender de mejor forma la complejidad de la idea de tener un derecho en varias de sus dimensiones. En su forma más general se trata de un enunciado del siguiente tipo: (1) *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*. El derecho a algo, nos dice Alexy, puede concebirse como una relación triádica entre el portador o titular del derecho (*a*), su segundo elemento el destinatario del derecho (*b*) y su tercer elemento, el objeto del derecho (*G*). Según Alexy, el objeto de un derecho a algo es siempre una acción del destinatario. Ahora bien, dependiendo del tipo de acción que tenga por objeto del derecho a algo, es decir, si se trata de acciones negativas o positivas, el derecho a algo tendrá distintos objetos. Así, va a distinguir entre derechos a acciones negativas o derechos de defensa y derechos a acciones positivas o derechos prestacionales.

a) *Derechos a acciones negativas*: los derechos a acciones negativas o de defensa frente al Estado pueden a su vez dividirse en tres grupos:

- 1) Derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas *acciones* del titular del derecho. Tal sería el caso por ejemplo de la libertad de movimiento, la manifestación de la fe, la educación de los hijos o la libertad para elegir alguna profesión.
- 2) Derechos a la no afectación de propiedades y situaciones. Se trata de aquellos derechos a acciones negativas consistentes en que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho. Así, por ejemplo, el derecho a que no se afecte la vida, la salud de las personas, la inviolabilidad del domicilio, etc.
- 3) Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas. El ejemplo paradigmático de una posición jurídica compleja es la del propietario que se compone de distintas posiciones y precisa de configuración jurídica. El derecho se traduce aquí a que el Estado no elimine las normas jurídicas que

confieren posiciones jurídicas concretas o normas puramente constitutivas que crean situaciones jurídicas tales como la mayoría de edad o la ciudadanía.

b) *Derechos a acciones positivas*: en el caso de estos derechos no se trata de que el Estado se abstenga de interferir sino que, más bien, *debe hacer algo*⁶⁹⁹. De tal forma que «todo derecho a una acción positiva del Estado, es un derecho prestacional [...] es la contrapartida, lo opuesto, del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado o de otro sujeto»⁷⁰⁰. El rango de acciones positivas es muy amplio. Comprende «desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas de derecho penal, pasando por la creación de normas de organización y procedimiento y llega hasta prestaciones en dinero y en bienes»⁷⁰¹. Para el catedrático de Kiel, en efecto, dos son los motivos principales que aconsejan adoptar la definición amplia de derechos prestacionales (que incluya prestaciones «fácticas» y «normativas»). El primero es que en el caso de muchos de los derechos sociales fundamentales, debido a su *amplia* o *abstracta* formulación comprenden, al mismo tiempo, una serie de derechos y obligaciones, competencias, poderes e inmunidades. Por ello las prestaciones que el cumplimiento que este tipo de derechos no comprenden únicamente prestaciones de dar o proporcionar recursos; es decir, que se trata de derechos a prestaciones fácticas sí, pero sólo en una parte, puesto que también incluyen derechos a prestaciones normativas. El segundo es que los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados fines, objetivos o estados de cosas; a diferencia de los derechos a acciones negativas que le imponen límites al Estado en la persecución de sus fines⁷⁰². La categoría de derechos fundamentales «como un todo», como un «haz de posiciones», funciona aquí con efectividad. Así, los derechos prestacionales en

⁶⁹⁹ ALEXY, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en: AA. VV., *Derechos sociales y ponderación*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, aquí pág. 50.

⁷⁰⁰ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 391. O como dice M. Borowsky, un discípulo de Alexy, se trata de aquellos «cuya consecuencia jurídica, haciendo abstracción del ordenamiento jurídico infraconstitucional y de la actuación estatal precedente, consiste en una prestación, en el sentido de una actuación positiva, ya se trate de la emisión de una ley, de un acto administrativo o de una conducta fáctica” Cf. BOROWSKY, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, cit., aquí pág.

⁷⁰¹ *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 391 y ss.

⁷⁰² *Ibidem*.

sentido amplio se dividen en: derechos de protección, derechos a la organización y al procedimiento y derechos prestacionales en sentido estricto.

- 1) *Derechos de protección*: por tales, «se entienden los derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros»⁷⁰³. No obstante, lo común detrás de esta variedad es que los derechos de protección «son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas jurídicas de sujetos jurídicos de igual jerarquía, así como la exigibilidad judicial y la implementación de esta delimitación»⁷⁰⁴. De ahí que la existencia de estos derechos de planteen las cuestiones de si existen derechos subjetivos de protección o sólo normas que prescriben al Estado la protección de los particulares, sin conferirles un derecho subjetivo; y, en caso de que existan derechos de protección, ¿en qué se diferencian de los derechos de defensa de tipo clásico?⁷⁰⁵ Respondamos esta última pregunta. La doctrina ha dicho que es posible distinguir donde entre un derecho de defensa y los derecho de protección clásicos: el primero, es un derecho frente al Estado *a que éste omita intervenciones*; los segundos, son derechos frente al Estado *a que éste se encargue de que terceros omitan intervenciones*. Lo anterior quiere decir que, en tanto que derechos defensivos, deben rechazar intervenciones injustificadas del poder estatal, el deber de protección derivado de los derechos obliga a una intervención del Estado frente a vulneraciones de tales derechos procedentes, no ya del propio Estado, sino de cualquier otra parte⁷⁰⁶.

⁷⁰³ Su espectro, nos dice Alexy, “se extiende desde la protección de tipo clásico, frente al homicidio, hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía atómica. No sólo la vida y la salud son posibles bienes protegidos, sino todo aquello que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. No menos variadas son las formas posibles de protección. Ellas comprenden por ejemplo, la protección por medio de normas de derecho penal, de normas de del derecho de la responsabilidad civil, de normas de derecho procesal, de acciones administrativas y por medio de actuaciones fácticas”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 398.

⁷⁰⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 399.

⁷⁰⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...cit.*, pág. 398-399.

⁷⁰⁶ VON MÜNCH, Igno, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, trad. de M. Díaz y D. Felip, en: SALVADOR CODERCH, P., *et al*, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Cívitas, 1997, pp. 25-53, aquí pág. 45

Debe llamarse la atención que los derechos de defensa son, para los obligados, prohibiciones de destruir, de afectar negativamente, etc. En cambio, los derechos prestacionales son, para los obligados, mandatos de proteger o promover, etc., algo. Si está prohibido destruir o afectar algo, entonces *está prohibida toda acción* que constituya o provoque una destrucción o afectación. En cambio, si está ordenado proteger o promover algo, entonces *no está ordenada toda acción* que constituya o provoque una protección o una promoción. Esto quiere decir que lo que está ordenado es la realización de *alguna* de las acciones que no resulten efectivas. Con ello se abre un campo de acción dentro del cual puede elegir cómo puede cumplir con el mandato⁷⁰⁷.

2) *Derechos a procedimiento*: estos derechos se expresan a través de una fórmula sumamente ambigua según la cual un procedimiento comprende todo aquello que sirva para la realización y aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento⁷⁰⁸. Se dividen en cuatro grupos:

i) *Competencias de derecho privado*: son derechos frente al Estado para que este expida normas que son constitutivas para la realización de acciones jurídicas de derecho privado, y, en este sentido, para la creación, modificación y eliminación de posiciones jurídicas de derecho privado. Ejemplos de ellos son las normas de derecho privado que regulan el matrimonio, las sucesiones, el derecho de propiedad,

⁷⁰⁷ Más complicado resulta definir si existe la titularidad de un derecho subjetivo de protección por parte de los individuos a que el Estado o, por el contrario, que éste tenga el deber de proteger a los individuos sin conferirles derecho subjetivo alguno. Esto último es uno de los problemas centrales en torno a la figura del deber de protección y sobre la que, dicho sea de paso, no existe un consenso en la doctrina ni en la forma que la jurisprudencia constitucional lo ha resuelto. En algunas ocasiones, cuando no resulta tan complicado subjetivar el deber de protección para darle el tratamiento de un derecho subjetivo, se ha hecho de esa forma. Pero no siempre ha sido así. La cuestión parece apuntar a que si se llegase a admitir un derecho subjetivo de protección, el papel del legislador, quien es el primer destinatario de dicho deber, devendría superfluo. Sería el juez quién tendría el poder disposicional sobre la determinación en última instancia de qué acciones u omisiones *particulares* resultan indispensables para la satisfacción de toda la gama de prestaciones involucradas en el deber de protección

⁷⁰⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 429.

etc. Se trata de aquellos complejos denominados ‘institutos jurídicos’⁷⁰⁹.

- ii) *Derechos a procedimientos judiciales y administrativos*: son derechos esencialmente los derechos a una tutela judicial efectiva. Se trata de aquellos derechos que posibilitan la garantía de los derechos materiales; es decir, son los derechos procedimentales por medio del cual se posibilita la garantía y vigencia de los derechos fundamentales⁷¹⁰.
- iii) *Derechos a organización*: se trata de los derechos del individuo, dirigidos al legislador, a que sean válidas ciertas normas de organización. En sentido estricto se trata de los derechos del individuo para que el legislador expida normas de organización conforme a un derecho fundamental. Así por ejemplo, el derecho a que se organicen los medios de comunicación, el derecho a la información, etc⁷¹¹.
- iv) *Derechos a la formación de la voluntad estatal*: este grupo está constituido por los derechos frente al Estado a que éste, por medio de la legislación ordinaria, facilite los procedimientos que posibiliten una participación en la formación de la voluntad estatal⁷¹². Estos derechos están relacionados por ejemplo con el derecho a votar y ser votado, con la libertad de expresión, de prensa, información.

3) *Derechos prestacionales en sentido estricto*: Ahora bien, por lo que respecta a los derechos prestacionales en sentido estricto, esto es, aquellos «derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtener también de los particulares»⁷¹³, deben tenerse en cuenta varios aspectos que señalaré brevemente. Así, resulta importante tener en cuenta en

⁷⁰⁹ *Ibidem*.

⁷¹⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 433

⁷¹¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...cit.*, pág. 435

⁷¹² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...cit.*, pág. 442

⁷¹³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 443 y ss.; Véase también, PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm.1, 1994. [ahora en *Íd., Ley, principios, derechos*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 1997]

el plano teórico, la distinción entre derechos y garantías por un lado; y, por otro, en un plano más dogmático, los diversos datos que suministran los Ordenamientos jurídicos concretos, es decir, la forma en que fueron estos regulados y configurados por el poder político. En el primero de los casos, se deberá ser consciente que una cosa es el derecho fundamental y otra cosa los mecanismos de tutela o garantía que se han establecido con la finalidad de tutelarlos⁷¹⁴. En este rubro, en el de las garantías, el abanico de posibilidades es bastante generoso. Pero además, y esto se vincula con en el segundo de los aspectos, la propia configuración de los mecanismos de garantía quizá esté en función de la concepción que de ellos se tenga: si consideramos que los derechos sociales son derechos distintos de los civiles y políticos, podría llevar a pensar a algunos que, en esa medida, se justificaría un tratamiento diferente para los mismos⁷¹⁵.

Sobre la existencia de los derechos sociales o, más específicamente, sobre su carácter jurídico, algunos autores han sostenido que no tendrían tal carácter debido a que no son susceptibles de tutela jurisdiccional y que, por tanto, se tratarían de meros «derechos de papel»⁷¹⁶. Pues bien, a diferencia de quienes sostienen que para la existencia de un derecho fundamental se precisan las respectivas garantías –identificadas con la posibilidad de recabar ante un juez su tutela judicial–, aquí se entiende que la existencia de un derecho

⁷¹⁴ Esto resulta particularmente significativo para el caso mexicano, donde algunos autores siguen vinculando el concepto de garantía con el de derecho fundamental, atendiendo al tenor literal del texto constitucional. No obstante, el Prof. Héctor FIX-ZAMUDIO ha venido señalando que “la garantía no se concibe más como derecho subjetivo, sino como aquéllos instrumentos que el ordenamiento jurídico ha establecido con la finalidad de tutelar o las disposiciones fundamentales para lograr su restitución cuando hubiesen sido desconocidas o violadas” (Aquí: *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, FUNDAp, 2002, pág. 73).

⁷¹⁵ Cuestiona esta posición, entre muchos otros, GARGARELLA, Roberto, “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, *Jueces para la democracia*, núm. 31, 1998, pp. 11-15.

⁷¹⁶ En este sentido, GUASTINI, Ricardo, “*Derechos: una contribución analítica*” trad. de A. Greppi, en: SAUCA CANO, J. M., (ed.) *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1994, pág. 133. Para Guastini son verdaderos derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; b) pueden ser reivindicados frente a un sujeto determinado; y, c) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto era su titular. Son derechos de papel –derechos ficticios– todos aquellos que no satisfagan alguna de estas condiciones [*Ibidem*. pág. 134].

fundamental no depende de aquéllas⁷¹⁷. En realidad, lo que habría que hacer es destacar las inconsistencias –de la contraparte ideológica– de lo que se ha denominado «visión estándar»⁷¹⁸ de los derechos sociales. En efecto, análisis relativamente recientes han puesto de relieve que nada hay en ellos que los hagan esencial y radicalmente distintos; o de «naturaleza»⁷¹⁹ distinta. Los argumentos que sostienen la diferenciación –que son derechos de «segunda generación»⁷²⁰, que son «costosos»⁷²¹, que no puede concretizarse su contenido, que no son «justiciables»⁷²², que no imponen obligaciones al Estado, entre otros– resultan de dudosa consistencia.

Por el contrario, en la medida en que se profundiza el estudio de esas pretendidas diferencias, se van diluyendo los mitos en torno a los derechos sociales que harían posible, sino su desaparición como categoría autónoma, por lo menos algún tipo de equiparación entre éstos y los derechos civiles y políticos⁷²³. Análisis rigurosos de la estructura de los derechos sociales, que tienen en cuenta la variedad de significados asignados a ellos: las diversas obligaciones, prohibiciones, competencias, etc., que contiene cada derecho de

⁷¹⁷ Como se sabe, en esto ha insistido particularmente L. Ferrajoli, quien distingue al menos dos tipos de garantías: Las *primarias*, que se refieren a las propias obligaciones y prohibiciones del derecho fundamental; y las *secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de las garantías primarias. De la inexistencia de garantías, según Ferrajoli, no podemos derivar que no se trate de verdaderos derechos fundamentales por no contar con mecanismos de garantía secundaria o judicial. Se trata de “lagunas” que corresponde a los operadores jurídicos denunciar con la finalidad de que se colmen. Escribe Ferrajoli “frente a la tesis de confusión entre derechos y sus garantías que quiere negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de la distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna*, que debe ser colmada por la legislación” (Véase: FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, *El fundamento de los derechos fundamentales*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2005, pág. 26).

⁷¹⁸ Véase, por ejemplo: AÑON ROIG, María José, “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada” en: AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, “Teoría de la justicia y derechos fundamentales”, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2008, pp.

⁷¹⁹ Por todos, véase: PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pág. 59 y ss.

⁷²⁰ Sobre el contexto histórico de la aparición de los derechos sociales, véase: Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y libertades*, núm. 6, 1998, pp. 15-34.

⁷²¹ Véase: HOLMES, Stephen, y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, London-New York, Norton & Company, 1999, pp. 15/44.

⁷²² Véase: ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de L. Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2004 pág. 37 y ss.

⁷²³ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Revista Derecho del Estado*, núm.

este tipo –o «derechos como un todo», en la terminología de Alexy–; han hecho notar que éste tipo de derechos presentan, en cuanto a la determinación de los sujetos obligados y de las propias obligaciones que imponen, problemas similares a los derechos civiles y políticos. Y lo que es más importante, que, dependiendo del derecho, ello sería posible –la determinación de alguna obligación que impondría o la identificación del titular de esa obligación–, cayendo una de las principales objeciones para hacerlos justiciables o para considerarlos derechos subjetivos en sentido técnico⁷²⁴.

Por otra parte, habrá que acudir a los rasgos concretos que nos arroje cada Ordenamiento jurídico respecto al sistema de garantías que establezca para los derechos y bienes iusfundamentales. Las distintas posibilidades de configuración de ese sistema se presentan muy amplias para el poder político. Prueba de ello es que el aseguramiento, promoción y disfrute de los derechos puede ser posible en base a distintos métodos y técnicas de garantías, que por supuesto no se agotan la garantía judicial –y quizá no tengan en ésta el medio más adecuado para hacerlos efectivos–. Aún y cuando el disfrute de los derechos depende no sólo de determinadas condiciones políticas y jurídicas, sino también económicas, sociales, culturales; sin embargo, en línea de principio, me parece que bien puede decirse que una vez que se identifican y somete a un test más riguroso las diversas críticas de los derechos, quedan de manifiesto que quizá el establecimiento de un sistema de garantías disminuida en relación con los derechos sociales, no tenga una justificación incontrovertida.

Avanzado en este punto, y librándonos de algunos prejuicios ideológicos – para introducir, tal vez, los propios–, aparecen de forma más clara los problemas a resolver. Si además, tenemos presente que un sistema donde se reconozca la igualdad jurídico-política de los individuos se hace necesario la participación de todos los miembros de la comunidad en igual dignidad. Así, la satisfacción de las necesidades más elementales se convierte en uno de sus

⁷²⁴ Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. También puede verse, ampliando la propuesta de este autor, CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Derechos sociales: clasificaciones, normas, acciones, fines”, *Íd.*, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, prólogo de F. Laporta, Madrid, Trotta, 2007, pp. 71-100, pág. 93 y ss.

presupuestos, puesto que sin ellas resulta imposible siquiera plantearse la posibilidad de la agencia moral o la elección de planes de vida. En efecto, la satisfacción de necesidades básicas –ya sea a través de derechos o de políticas sociales– es vista a menudo como precondition para que los ciudadanos puedan concurrir en pie de igualdad al proceso político. K. Hesse, por ejemplo, parece moverse en esta línea argumental cuando señala que sólo mediante una «actualización de la libertad» puede hacerse realidad la autodeterminación de los individuos y su participación responsable en la vida política y social. Para Hesse la libertad del individuo plasmada en el modelo de derechos fundamentales es más factible en una comunidad libre, la que, a su vez, presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos asuntos propios. Individuos autónomos que colaboran activa y responsablemente en una sociedad públicamente constituida⁷²⁵.

Podría entenderse entonces que el concepto de derecho prestacional es tan amplio y referido a todos los derechos fundamentales que habrá ocasiones en que sea posible adscribir algunos *derechos* de protección. En estos casos, la dimensión que prevalece es la subjetiva, por lo que no resultaría equiparable del todo con la dimensión objetiva. De ahí que como se ha venido insistiendo a lo largo del presente trabajo la vertiente objetiva, si se quiere en su sentido más restringido, se va a referir al deber de protección a cargo del Estado con independencia de que exista violación de algún sujeto en concreto, aún cuando no exista pretensión subjetiva, e inclusive –en el caso más extremo– en contra de la voluntad del titular. Para poder apreciar de mejor manera la vertiente objetiva, debe referirse deber de protección en el sentido más técnico o restringido, es decir cuando no sea posible o haya dudas respecto a la subjetivización del mismo: si hay posibilidad de subjetivarlo, es decir si hay un derecho subjetivo de protección, «estos encajan perfectamente en la tradición de la comprensión liberal de los derechos fundamentales»⁷²⁶.

⁷²⁵ Cf. HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, cit., pp. 90-91.

⁷²⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 403.

Desde mi punto de vista, una de las contribuciones más importantes de Alexy consiste en hacernos ver la pluralidad de posiciones los derechos fundamentales. Por ello el profesor alemán habla del derecho fundamental como un todo, en la medida que se trata de que las normas que los confieren suponen un ensamblamiento de haz de posiciones⁷²⁷. En lo que sigue, pasaré al aspecto clave que tiene que ver con la ideología legalista y que no es otra sino su énfasis en la dimensión subjetiva de los derechos.

1.4 SOBRE DIMENSIÓN SUBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como señala Peces-Barba, la dimensión o función subjetiva de los derechos es “la función a través de la cual se conocen propiamente los derechos humanos que, históricamente, se concibieron como derecho naturales y, más tarde, como pretensiones morales jurídicamente reconocidas”⁷²⁸. Lo más importante para que los derechos fundamentales puedan desempeñar alguna función subjetiva es que los mismos supongan garantías de posiciones subjetivas en interés del sujeto y con un cierto ámbito de disposición⁷²⁹. Pues bien, desde el legalismo, que es básicamente una perspectiva liberal del Derecho, los derechos fundamentales son derechos frente al Estado que se establecen para asegurar ámbitos de libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la experiencia histórica, a la amenaza del poder del Estado⁷³⁰. La esfera de libertad del individuo es pre-estatal; es decir, la libertad que el derecho pretende garantizar jurídicamente no es creada por el Estado sino que le antecede. La competencia del Estado está limitada por principio, existiendo sólo con respecto de las tareas de garantía, regulación y aseguramiento de la libertad y en la medida que basten para estos fines. Los derechos funcionan aquí como normas de distribución de competencias entre el individuo y el Estado; son normas de competencias negativas relativas al poder de obrar del Estado⁷³¹. Esta caracterización de Böckenförde es muy ilustrativa pues ejemplifica claramente que, en su faceta de derechos de defensa, los derechos pueden entenderse desde la libertad negativa.

⁷²⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 214 y ss.

⁷²⁸ Véase: PECES-BARBA, Gregorio, “De la función de los derechos fundamentales”, cit. pág. 545

⁷²⁹ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, cit., 308..

⁷³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” pág. 48.

⁷³¹ Ídem. pág. 49

La primera cuestión patente aquí es su consideración como derechos pre-jurídicos o morales. Esta idea es el remanente de tenerles como derechos naturales y, por tanto, absolutos e inviolables⁷³². Sin embargo, una vez se incorporan al Derecho sería un contrasentido que conservaran ese carácter. No podría ser de otra forma –tal y como se reconoce desde esta teoría– por el hecho de que tienen que compatibilizarse con derechos similares de terceros; porque se hace necesario desarrollarlos por vía legislativa o bien concretizarlos para su aplicación a casos concretos. Lo que sucederá es que poseerán un estatus jurídico privilegiado al consignarse en la Constitución. Dicha ubicación en el sistema de fuentes eleva su resistencia a las intervenciones del poder –en distintos grados–, pero ello no significa que sean ilimitados o absolutos⁷³³.

Visto con atención, todas esas notas se corresponden a su vez con una forma de organización jurídico-política determinada: el llamado Estado liberal de Derecho. Esta forma de organización surge al amparo de la idea del imperio de la ley y se basó en la primacía del poder legislativo, en una idea fuerte de soberanía, en el principio de separación de poderes y en la codificación. Es importante señalar que la noción de ley a la que se hace aquí referencia es aquella que la considera producto de una voluntad cualificada, la que deriva del consentimiento de los afectados y que se constituye como fuente de libertades por encima de la voluntad del monarca⁷³⁴. Asimismo, y dada la necesidad de articular un sistema de tutela de tales derechos, se instituyó durante la época la importante función de control de la administración –la justicia administrativa– vía principio de legalidad⁷³⁵; misma que llegó hasta su máxima

⁷³² En sentido, la idea de G. Jellinek, de que los derechos fundamentales presentan un status negativo o status libertatis. En efecto, dicho status libertatis sería el ‘residuo de la libertad natural’ que preservaría el individuo después de deducir la parte que le sería requerida para la existencia de un poder coactivo que le asegure la coexistencia con otros. Para Jellinek el momento decisivo para convertirse en derechos públicos subjetivos, ya como categoría técnica jurídica, pasa por su positivación que les coloca en el siguiente estatus de su teoría. Véase: ESTRADA, Alexei Julio, *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, esp. pp. 42-72.

⁷³³ PRIETO, Luis, *Estudios de derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1991, pág. 111 y ss.

⁷³⁴ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., 1998, pp. 39-40. A pesar de que en un primer momento ese consentimiento se restringía a un pequeño número de personas –varones y propietarios–, el derecho a participar y conformar el gobierno comenzó a ser determinante en la expansión futura de la titularidad y garantía de otros derechos.

⁷³⁵ En efecto, el modelo tiene como seña particular el sometimiento de la acción del Estado por parte de los ciudadanos en base al principio de legalidad. Todo aquél que se sienta lesionado tendrá la posibilidad de acudir ante una jurisdicción independiente de la propia Administración que decida en cada caso planteado sobre la legalidad de sus actos. La Ley es la norma jurídica aprobada por el Parlamento democráticamente elegido, sólo anulable por otra ley y que somete a las demás normas

culminación con la garantía jurisdiccional de la Constitución, por la cual se someten a control los mismos actos del parlamento.

Lo que, en cualquier caso, es importante para la empresa legalista, donde las instituciones políticas se entienden como un «proceso paralelo al liberalismo político»⁷³⁶, está basado en el imperativo de tener a los individuos como seres autónomos. El Estado tendría como función esencial proveer normas jurídicas que puedan permitirles sustraerse de contextos de incertidumbre y proveer soluciones a los problemas de acción colectiva⁷³⁷. Se valora especialmente aquí la posibilidad de *prever con antelación las consecuencias de las acciones propias*, como elemento indispensable para hablar de seres que planean sus vidas, que dedican sus esfuerzos al desarrollo de alguna industria o a la obtención de sus metas o fines. Para ello, para dotar de previsibilidad y certeza a las relaciones jurídicas, se requiere de *un sistema de reglas* que incorporen «las características de generalidad y estabilidad necesarias para ofrecer de antemano un marco para la mayoría de los participantes en la interacción humana y del futuro»⁷³⁸.

Acudamos a un ejemplo. El distinto tratamiento de la libertad de expresión puede ser útil para ilustrar los distintos presupuestos y matices que subyacen a una comprensión de la dimensión subjetiva. En su libro *Democracy and the Problem of Free Speech*, C. R. Sunstein articula dos visiones posibles para los problemas que plantea la libertad de expresión en una democracia. En un modelo más liberal, la libertad de expresión en el sistema de derechos funciona de forma similar a los principios que regulan el mercado; es decir, lo ven inserto en un «*Marketplace of Ideas*». Al igual que en el ámbito económico, el gobierno se presenta como enemigo

(reglamentos dictados por el Ejecutivo), que serán válidos si se dictan dentro del ámbito delimitado por la ella y siempre que no le sean contrarios. Y, finalmente, el desarrollo del principio de reserva de ley como imperativo de que toda regulación que se refiere a los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente a la libertad y a la propiedad, sólo pueden tener lugar en forma de ley o en base a una ley. (Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, Íd. *Obras completas* tomo III, 2ª. ed., Madrid, C.E.P.C., 2009, pp. 3025-3039, aquí pág. 3030-2.)

⁷³⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema*, núm. 138, Madrid, 1997, pp. 101-117, aquí pág. 102.

⁷³⁷ LAPORTA, Francisco, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, cit., pp. 44 y ss.

⁷³⁸ *Ibidem.* aquí pág. 68. Esta última referencia es muy importante. La preferencia de F. Laporta porque el Derecho se conciba y funcione próximo a un sistema de reglas se enmarca en un programa teórico más amplio de corte positivista y liberal, que encuentra su piedra de toque en la autonomía del individuo y que, según el autor, se ha visto mermado por la impronta constitucionalista (principalista) que viene adquiriendo el discurso y la práctica jurídica.

de la libertad de expresión por lo que cualquier intervención de éste en la esfera protegida por el derecho se entiende como una vulneración de su contenido⁷³⁹. Si los derechos constituyen un ámbito de libre disposición individual, la protección que brindan no depende del contenido de las manifestaciones, ni del contexto en el que éstas se viertan. Regiría el principio de neutralidad y las cuestiones relativas al derecho fundamental sólo incumben por lo que refiere al interés particular. De esta forma, resulta presuntivo que el interés público no juegue ningún papel relevante al momento de determinar el contenido y los límites de la libertad de expresión.

2. CONSTITUCIONALISMO: LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una de las características más relevantes de la ideología constitucionalista pasa por el reconocimiento y desarrollo de una «dimensión objetiva» adscrita a los derechos fundamentales. De modo general, con ella suele decirse que –además de su faceta clásica de defensa frente a las intromisiones del Estado– los derechos son *al mismo tiempo* «normas objetivas de principio» que tienen validez en todos los ámbitos del Derecho⁷⁴⁰. Dicha caracterización es frecuente en el constitucionalismo europeo de posguerra a partir de la célebre sentencia *Liith* del Tribunal Constitucional Federal alemán. Tal sentencia marcó un parteaguas, porque ahí, de forma clara y contundente, se conectó la teoría, práctica e interpretación de los derechos con una fortísima impronta valorativa. Es usual por ello encontrar en las caracterizaciones de los derechos que estos constituyen un «orden objetivo de valores». Pues bien, con ello nos adentramos en el carácter de normas de los derechos fundamentales, de su influencia en el Ordenamiento jurídico.

⁷³⁹ SUNSTEIN, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, Mc. Millan, 1993, pág. 16 y ss.

⁷⁴⁰ Creo que la explicación de J. Habermas, por su claridad, puede valer por todas. Para él, es indiscutible que ha habido un “cambio en la concepción de los derechos fundamentales”. Ese cambio, nos dice, se ve reflejado en la jurisprudencia constitucional donde, “desde unos derechos de defensa (*Abwehrrechte*) garantizadores de la libertad y de la legalidad de las intervenciones de la administración a unos principios sustentadores del orden jurídico que, *aunque de una manera no del todo clara en lo tocante a los conceptos básicos*, logran conservar su contenido de derechos subjetivos de libertad dentro del contenido jurídico-objetivo de normas-principio constituidoras de estructura que *todo lo impregnan*”. Véase: HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez.*, cit., aquí pág. 320-321 (cursivas mías).

En todo caso, conviene tener presente, ante todo, que la asignación de esa ‘dimensión’, ‘función’ o ‘vertiente’ no se predica en todos los casos. No estamos ante un desarrollo aceptado de forma unánime por la doctrina⁷⁴¹. Además, cuando se reconoce, su alcance varía. Por ejemplo, si decimos que los derechos se tendrán como «criterios de validez» no nos apartamos del todo de su lógica liberal: como normas superiores los derechos fundamentales serán capaces de neutralizar cualquier disposición jurídica en contrario⁷⁴². Si en cambio decimos que constituyen un «orden objetivo de valores», que son «merecedores de protección más allá de que exista o no pretensión individual»⁷⁴³ nos alejamos de su perspectiva primigenia, que ya no parece no funcionar aquí. Este es la parte más interesante de esa función objetiva y que me gustaría destacar. No es casual tampoco que para referirse a ella otros autores prefieran poner el énfasis en «objetivos-institucionales», en «funciones institucionales de libertad», o que los mismos guardan un significado «institucional»⁷⁴⁴. Como intentaré demostrar en lo que sigue, no es indistinto que la misma se maneje en uno u otro sentido.

Dejando de lado la cuestión de los valores como estructuras normativas, esto es, como las normas con mayor grado de apertura e indeterminación⁷⁴⁵, de la vertiente

⁷⁴¹ En esta parte me baso en los trabajos de: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 25 y ss; puede verse también: *Íd.*, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2009, pp. 31 y ss.

⁷⁴² En este sentido, por ejemplo, PRIETO, Luis, “Consecuencias de la constitucionalización de los derechos”, *Íd.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, aquí pp. 114-5.

⁷⁴³ HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales” en: E. Benda, *et al*, *Manual de derecho constitucional*, trad. de A. López Pina, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 83-115, aquí pág. 93. En sentido similar FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *REDC*, núm. 19, 1993, pp. 195-247, aquí pág. 210, considera que la garantía ha de ser asumida también por el Estado, quien tiene la obligación positiva de contribuir a la efectividad de los derechos, “aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”.

⁷⁴⁴ Véase, por ejemplo: HÄBERLE, Peter, “El doble carácter de los derechos fundamentales: el aspecto de derecho individual y el institucional”, en *Íd.*, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. J. Saligmann y C. Landa, Granada, Comares, 2003, pp. 123-200.

⁷⁴⁵ El problema parece apuntar a una cuestión de ‘densidad regulativa’. Los valores radicalizan la crítica dado que resultan difícilmente aprehensibles. Así, A-E. Pérez-Luño [*Cf. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., aquí pág. 298.] ha propuesto como criterio de diferenciación entre valores y principios el grado de concreción de unos y otros: los valores serían menos determinados que los principios; no llegan a ser normas analíticas (‘reglas’). El problema radica en determinar qué protagonismo se les va a dar a los mismos. La respuesta puede ir en dos sentidos: los valores en tanto normas que fundamentan, habilitan nuevos desarrollos normativos y de actuación del poder público [Véanse: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “Los contenidos materiales en las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista” cit.; *Cf. PÉREZ LUÑO*, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., aquí pág. 297; *Cf. LLAMAS*

objetiva me interesan tres temas. El primero tiene que ver con la caracterización que de los derechos hiciera el Tribunal Constitucional alemán en la sentencia Lüth y de la que deriva la «teoría-axiológica de los derechos». Para entenderla cabalmente, resulta indispensable hacer alusión a la teoría de R. Smend⁷⁴⁶. A ella dedicaré un apartado. Por otro lado, me interesa destacar la el desarrollo de la dimensión objetiva desde la perspectiva «institucional». Estimo que, en algún sentido, este desarrollo es menos problemático que el puramente axiológico. Por último, quiero dos de los aspectos más relevantes de la vertiente objetiva en el campo de la dogmática el «efecto de irradiación» y el efecto frente a terceros o «eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares».

2.1 CONSTITUCIÓN COMO «ORDEN OBJETIVO DE VALORES» (*OBJEKTIVE-WERTERORDUNG*)

Para poner en perspectiva esa doble dimensión de los derechos fundamentales conviene hacer algunas anotaciones preliminares. En primer lugar, habría que señalar que esa «nueva dimensión» está claramente marcada por algunos desarrollos tanto históricos como filosóficos⁷⁴⁷. De ello me gustaría, al menos, precisar dos cosas. Por

CASCÓN, Ángel, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, ob. cit., págs. 203-204. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Ordenamiento jurídico y derechos humanos” en: J. J. Tamayo, *Diez palabras clave en derechos humanos*, Navarra, Ed. Verbo Divino, 2005, pp. 305-347, aquí pág. 320; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos*, cit., aquí pág. 171; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los valores superiores*, cit., pág. 57 y ss.]. Hay quienes, en cambio, ven en ellos un peligro, precisamente, por su grado de indeterminación y el poder que otorgan al juez. Así se ha dicho que los valores están en el campo de la «impredecibilidad» [ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 93], que tienen un cierto carácter de «mito jurídico» [PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Los principios generales del Derecho: un mito jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, 1997, pp. 9-24] o, de forma más reciente, que constituyen el techo ideológico, «el horizonte utópico» del Derecho, pero no auténticas normas jurídicas. [MARTÍNEZ ROLDAN, Luis, “Valores y normas jurídicas”, *Derechos y libertades*, núm. 19, 2008, pp. 99-122. En un viejo trabajo, Luis Prieto, sostenía que no resulta factible, por ejemplo, declarar la inconstitucionalidad de una ley por violación del valor justicia, si además, no se vulneran otros preceptos constitucionales. [PRIETO, Luis, “Los valores superiores del Ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, núm. 11, 1984, pp. 83-90, aquí pág. 58]

⁷⁴⁶ Señalan esta cercanía, de modo reciente, por ejemplo: GAVARA DE LA CARA, Juan Carlos, *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el artículo 10.1 CE*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 59 y ss.

⁷⁴⁷ Véase, de modo general y en tono crítico: SCHMITT, Carl, “Die Tyrannei der Werte” en: *Skäularisation and Utopie Ebracher Studien. Festschrift für Ernst Forsthoff*, Stuttgart, W.Kohlhammer-Verlag, 1967 [trad. cast. de A. Schmitt de Otero, “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 1961, pp. 65-81, aquí págs. 68-69].

un lado, que con ello no quiero decir fue hasta ese momento cuando el discurso jurídico se vio influido por «valores». No. Más bien, ésta ha sido la constante: el Derecho siempre expresa «un punto de vista sobre la justicia»⁷⁴⁸, como se dice con insistencia entre nosotros. Ahora bien, el término valor ha englobado una serie de contenidos variables a lo largo de la historia. De ello no se sigue que sea dominio exclusivo de aquél. El vocablo, sus distintas acepciones, posee una dilatada tradición que, obviamente, no se circunscribe al renovado interés que ha suscitado entre los filósofos del Derecho. Se trata de una expresión que es compleja y rica; que posee connotaciones diferentes⁷⁴⁹. Hecha tal advertencia, puede decirse que la influencia específica que recibió ese desarrollo se debió a la «filosofía de los valores», por ejemplo de N. Harmann o Sheler, que –con sus problemas– migró al discurso jurídico de la época⁷⁵⁰.

Por lo que hace a la nota temporal, puede decirse que la cualificación de los derechos como «normas objetivas de principios/decisiones axiológicas» es un desarrollo que se produjo una vez entrada en vigor la Ley Fundamental de Bonn (LF). Es decir, data de mediados de los años 1950's por lo que no se trata de algo previo a ella⁷⁵¹. Esto ya es un elemento importante a tener en cuenta: el desarrollo alemán está vinculado, tanto en sus orígenes como en su evolución, a la jurisprudencia constitucional. Efectivamente fue aquella «la que dedujo del conjunto del sistema el conjunto de valores que lo informan. En este supuesto no habría un dato previo sino

⁷⁴⁸ La expresión es de: LEGAZ Y LECAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 4ª. ed., Barcelona, Bosch, 1975, p. 295.

⁷⁴⁹ Cf. LLAMAS CASCÓN, Ángel, *Los valores superiores como Ordenamiento material*, prólogo de G. Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, pág. 27. O como sostiene más adelante: 'el esfuerzo intelectual de aproximación filosófico jurídica al tema no puede partir de la nada, ni ofrecer un modelo *ex-novo*. Sería una propuesta arbitrista que arrancara de la idea errónea de la originalidad radical de una teoría jurídica de los valores. Por el contrario ésta sólo se explica en la cultura jurídica contemporánea por una serie de aportaciones anteriores, que no van a integrarse en su totalidad pero que sí sirven parcialmente para ir formando los materiales de una teoría jurídica de los valores' (pág. 161).

⁷⁵⁰ LLAMAS CASCÓN, Ángel, *Los valores superiores como Ordenamiento material*, cit., pág. 37 y ss. Véase también, DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del Derecho*, México, IJ-UNAM, 2005, pp. 137 y ss.; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Constitución y valores del ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, aquí pp. 43 y ss.; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 102, 1998, pp. 129-159, aquí pág. 133 y ss.

⁷⁵¹ BÖCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, "Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz", 1990 [trad. cast. de J. L. Requejo Pagés "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental", en: *Íd., Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 95-138, aquí pág. 105.]

únicamente un resultado»⁷⁵². Esta es una de las diferencias más notables entre este desarrollo y la incorporación de valores expresa en el texto Constitucional, como sucedió en el caso español; aunque eso sí, con unas consecuencias parecidas⁷⁵³. Volviendo al caso alemán, se dice generalmente que tal lectura de la Constitución como sistema de valores se fundamenta en varios artículos. Entre ellos, y de forma destacada, de su potente artículo 1º LF que entre otras cosas reconoce (1.1) la intangibilidad de la dignidad humana, (1.2) la inviolabilidad de los derechos humanos y (1.3) la vinculación directa e inmediata de los todos los poderes públicos a los derechos fundamentales; así como del artículo 19.2 sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, por mencionar algunos⁷⁵⁴.

Además, no es casual que se hayan anclado los derechos a la noción de valor. El recurso a los valores no deja lugar a dudas pues *infunde* a todo el Derecho de una dimensión material. Aquí el adjetivo material puede entenderse confrontada al formalismo –deontológico o interpretativo–, cuando es negada por éste; o bien como complemento del mismo. Pero puede irse aún más lejos. Estamos ante una crítica al positivismo jurídico en tanto se tenga como enfoque radicalmente escéptico en

⁷⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Valores superiores”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo IV, 1987, pp. 373-388, aquí pág. 386.

⁷⁵³ Una de las aportaciones del constituyente de 1978 fue el de la incorporación explícita en su artículo 1.1 de unos valores superiores a su Ordenamiento. Para G. Peces-Barba –cuya influencia es notable en el proceso de elaboración no sólo de este precepto; sino de todo el diseño constitucional– la «utilización del concepto valores superiores tiene un significado en el ámbito de la cultura jurídica actual y supone un progreso en relación con textos anteriores. Se recoge, por primera vez, en el Derecho positivo una serie de elementos que la reflexión jurídica había aflorado». (Cf. PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, cit., pág. 54. Ahora bien, no es que se predique la «radical originalidad» del artículo 1.1. de la Constitución Española, a grado tal de que no sea posible advertirle algún antecedente. (*Los valores superiores*, cit., pp. 18 y ss.) Sobre los los específicos perfiles y matices que aporta como precepto más a la filosofía del Derecho que a la dogmática constitucional; véanse: PECES-BARBA, Gregorio, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, (en colaboración con L. Prieto Sanchís), Valencia, Fernando Torres Editor, 1984, aquí pág. 9; S. BASILE, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas” en: E. García de Enterría y A. Priedieri (eds.), *La Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 253 y ss. En general, sobre el proceso de elaboración de la CE y, más específicamente, de su artículo 1.1 pueden verse: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La elaboración de la Constitución de 1978*, C.E.C., Madrid, 1988, pp. 45 y ss.; Íd., *Los valores superiores*, cit., pp. 26 y ss.; Íd., *La España Civil*, Barcelona, Galaxia-Gutenberg, 2005, pp. 148 y ss.; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Constitución y valores del ordenamiento*, cit., pp. 24-41; SANTAMARÍA IBEAS, Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 23-52; ORZA LINARES, Ramón María, *Fundamentos de la democracia constitucional: Los valores superiores del ordenamiento jurídico*, prólogo de P. Lucas Verdú, Granada, Comares, 2003, pp. 69-121.]

⁷⁵⁴ Véase, por ejemplo: STARCK, Christian, “Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms”, trad. de U. Park, en Íd., (ed.), *Rights, Institutions and Impact of International Law according to the German Basic Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 19-61, esp. pp. 22-23.

material moral. De hecho la apelación a tales valores ha ido acompañada de un *revival* de doctrinas iusnaturalistas⁷⁵⁵. El caso alemán es, por supuesto, bastante claro⁷⁵⁶. Ahí, se habla de cultura jurídica «impregnada de neo-iusnaturalismo» debido en gran parte a «la acusación al positivismo de la responsabilidad por la llegada del régimen nazi»⁷⁵⁷. Es la famosa *reductio ad hitlerium*: la acusación al positivismo jurídico –o, mejor dicho, a quienes cultivan este tipo de teoría del Derecho– del arribo o incluso de la barbarie nazi. No diré mucho al respecto. Sólo que estamos ante una afirmación muy discutible, que ha producido un sin fin de literatura de la que no puedo ocuparme a detalle⁷⁵⁸. Propongo, en todo caso seguir con mi esquema y detenernos en momento en la obra de R. Smend, un autor indispensable para entender la Constitución como orden de valores y la vertiente objetiva de los derechos⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ DIETZE, Gottfried, “Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany”, *Virginia Law Review*, vol. 42, núm. 1, 1956, pp. 1-22, pp. 1-3.

⁷⁵⁶ Gustav Radbruch es, quizá el ejemplo, paradigmático. Como se sabe, hasta antes de la caída del régimen nazi defendía una visión positivista-voluntarista del Derecho, en su famoso *Vorshule des Rechtphilosophie* de 1948 donde cambia su postura y anuncia un renacimiento del Derecho natural tras un siglo de vigencia del positivismo jurídico, adhiriendo a la categoría de la “naturaleza de las cosas” Véase: RADBRUCH, Gustav, *Vorshule des Rechtphilosophie*, 1948 [trad. cast. de W. Roses, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, FCE, 4ª ed., de 1978, esp. pp. 178 y ss.]

⁷⁵⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, aquí, pp. 23 y 49. Puede decirse, con G. Dürig que (DÜRIG, Gunter, “Una introducción a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania” en: U. Karpen (ed.), *La Constitución de la República Federal de Alemania*, cit., pp. 11-44, aquí pág. 12.) se trata de «una reacción consciente al Tercer Imperio y la República de Weimar». La base histórica da cuenta de que toda la Ley Fundamental, su recurso al Estado social de Derecho, a la democracia militante, a no sólo se entiende como una reacción al colapso de Weimar sino también a la abrogación del régimen de los aliados ocupantes y, sobre todo, a la formación de un segundo Estado Alemán por la Unión Soviética

⁷⁵⁸ Para contrastar la ‘*reductio at hitlerium*’ como recurso crítico contra el positivismo jurídico, y especialmente al de cuño kelseniano, pueden verse, por ejemplo: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Nazismo, derecho y filosofía del Derecho, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1991, pp. 341-361; “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre kelsen?” en: *Íd.*, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 385-441; así como los escritos de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Introducción” en: VV. AA., *Derecho y filosofía*, Barcelona, Editorial Alfa, 1985; *Íd.*, “La naturaleza de la cosa” en: *Íd.*, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, 1993, pp. 145-156, por donde se cita, (v. or. 1970).

⁷⁵⁹ Como resalta E.-W. Böckenferde (Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, cit., aquí pág. 57) la teoría axiológica de los derechos tiene su punto de partida en la teoría de la integración de R. Smend ‘si bien, hoy no se es consciente de ello’. En efecto, en su trabajo más famoso, *Verfassung und Verfassungsrecht* este autor culpó al formalismo jurídico, sobre todo a Kelsen, de vaciar de contenido los resultados concretos que la teoría general del Estado alemana había alcanzado. Ni su empeño metodológico –escribe– habría producido resultados concretos en el campo que le es propio, el de una teoría estrictamente jurídica del Estado y en el derecho positivo. A decir de Smend, todo formalismo precisa una toma de postura previa sobre contenidos materiales que son la premisa y la base de las normas. Y no duda en señalar que «lo que la teoría del estado precisa es una teoría material del Estado». Véase: SMEND, Rudolf, *Verfassung und verfassungsrecht*, Berlín, Dunker & Humboldt, 1928 [trad. cast. de José M.ª Beneyto Pérez: “Constitución y Derecho constitucional” en *Íd.*,

En *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), Rudolf Smend señalaba que lo que se precisaba, frente a la teoría positivista del Estado y del Derecho –culminada en H. Kelsen– era, por el contrario, «una teoría material del Estado»⁷⁶⁰. Para él, la clave de la realidad estatal es prejurídica y se manifiesta en un sentimiento de unión, de una «asociación voluntaria real» de los miembros de una colectividad⁷⁶¹. Así, podemos leer en su influyente libro:

«si el Estado existe es únicamente gracias a esas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar la célebre caracterización de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo central de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración»⁷⁶²

Constitución y Derecho Constitucional, Madrid, CEC., 1985, pp. 37-242, por donde se cita, aquí pp. 47-8].

⁷⁶⁰ Recuérdese, en efecto, que si bien la obra de dicho autor parte de una visión particular y concreta del Estado, no pretende aportar «un esbozo de una teoría del Estado» o ser un «intento de abordar una teoría de la Constitución», «ni las consecuencias que se derivan de su análisis para el derecho positivo alemán». No. Lo que pretende es “entrelazar” el ámbito de lo estatal y lo jurídico, desde la metodología de las ciencias del espíritu y en concreto a partir de los trabajos de Th. Litt (SMEND, Rudolf, “Constitución y Derecho constitucional”, cit., pág.39.) De esta forma, se separa de las tendencias entonces imperantes: trata de comprender el Estado y la Constitución como «realidades espirituales y dinámicas en cambio incesante, rechazando cualquier reduccionismo metodológico que lleve sobre manera ‘no saber’ sobre el propio ‘hacer’»⁷⁶⁰. Se aparta del positivismo de Laband, del normativismo de H. Kelsen y del decisionismo de C. Schmitt, a la par que se aproxima a H. Heller. Sobre esto último: Cf. GARCÍA ROCA, Javier, “Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend. A propósito de un libro de Pablo Lucas Verdú”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, CEC, 1988, pp. 269-276, aquí pág. 269. Sobre la figura y teoría de Smend puede verse: LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Smend*, Madrid, Tecnos, pág. 18 y ss.; BRAGUE CAMANZANO, Joaquín, “Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn”, en: R. Smend, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. de J. Brague Camanzano, México, IIJ-UNAM, 2005, pág. XI y ss.

⁷⁶¹ Dice Smend: si el Estado existe, es únicamente gracias a esas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar la célebre caracterización de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo central de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración”. (“Constitución y Derecho constitucional” cit., pp. 62-63)

⁷⁶² “Constitución y Derecho constitucional” cit., pp. 62-63

Aquí, aparece una primera duda sobre la visión manejada por Smend ya que parece ‘sustancializar’ el Estado. Este es un dato ya a retener: su fuerte impronta comunitarista. Sin embargo, en otra parte señala que «el Estado no es una realidad en sí, que pueda ser utilizado con la finalidad de realizar determinados objetivos exteriores a él mismo»⁷⁶³.

En cualquier caso, para Smend el proceso fundamental en la dinámica del Estado es la llamada «integración», misma que da nombre a su teoría. Tal proceso va desde una de tipo personal, pasa por otra funcional hasta llegar a una integración de tipo material, entendida, esta última, como el conjunto de valores que son vividos en comunidad; como la «socialidad de vivencias sustantivas»⁷⁶⁴. El proceso de integración tendría consecuencias importantes para la teoría dominante sobre la Constitución. Dicha teoría dominante no es otra sino «la característica el positivismo y del formalismo jurídico», que le considera como la «ley –no necesariamente jurídica– que regula y ordena la vida política del Estado. La definición más radical es la de F. Lasalle, para quien la verdadera Constitución de un país no son más que relaciones fácticas de poder reinante en él y no el pedazo de papel que representa la Constitución escrita»⁷⁶⁵.

⁷⁶³ “Constitución y Derecho constitucional”, cit., pág. 93.

⁷⁶⁴ Por un lado, la denominada integración personal que comprende fenómenos políticos como son en liderazgo y el caudillaje y que se corresponde, en la teoría jurídica del Estado, con la teoría de los órganos y de la Jefatura del Estado. «El jefe político no tiene un papel meramente técnico sino que, además, a través de las realizaciones objetivas e independientemente de si resuelve bien o mal, ha de afianzarse como jefe de aquellos que dirige». «El contenido sustantivo de su función radica fundamentalmente en lograr esta cohesión entre el grupo político que lo sostiene, en una primera instancia, y posteriormente «a la totalidad del pueblo» (pág. 72). La segunda forma de integración es la que denomina integración funcional. Ella consiste en las «formas de vida que tienden a crear sentido colectivo», que buscan «producir una síntesis social» (pág. 78). Corresponde a éste tipo de integración las lecciones y votaciones que promueven y desarrollan la «sustancia espiritual de la comunidad». De tal forma que serían procesos de conformación de la voluntad comunitaria, pero no en un sentido estrictamente jurídico; sino, antes de bien, pretendiendo actualizar o renovar la comunidad política como comunidad de valores. Y, finalmente, se refiere a la integración material como el conjunto de valores que son vividos en comunidad, «socialidad de vivencias sustantivas» (pág. 93). Símbolos políticos, banderas, escudos, monarcas, ceremonias políticas, serían manifestaciones de esa integración material.

⁷⁶⁵ Cf. SMEND, Rudolf, “Constitución y Derecho constitucional”, cit., pág. 129. La constitución fue entendida por Lasalle, en efecto, como ‘la suma de los factores reales del poder que rigen en ese país; factores reales que se les da expresión escrita en una hoja de papel y desde entonces se han erigido como derecho, como instituciones jurídicas’. Cf. LASALLE, Ferdinand, “Über Verfassungswesen” (1862) [trad. cast. de W. Roces e introducción de E. Aja, *¿Qué es una constitución?*, Barcelona, Ariel, 1984, por donde se cita, aquí pág. 92.]

Para R. Smend esa concepción es problemática por reduccionista pues invita a tenerle únicamente como norma jurídica; o bien, a tenerle como resultado de las relaciones fácticas de poder. Y al plantearse en esos términos la noción de Constitución, se deja de lado que, además de ser la ordenación jurídica de un Estado, también es «la ordenación de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, el proceso de integración, cuya finalidad es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinantes de este proceso»⁷⁶⁶. La Constitución no tiende a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador. Y esta misma finalidad la que no sólo permite, sino que incluso exige del intérprete constitucional una interpretación «extensiva» y «flexible» que difiere en gran medida de cualquier otra forma de interpretación jurídica⁷⁶⁷.

Esta característica de la Constitución como orden integrador, es fruto de la «eficacia integradora de sus valores materiales propios», destacadamente entre ellos los derechos fundamentales. Advierte Smend que una de las principales consecuencias para el Derecho positivo, cuando no la principal, del proceso de integración material será que emergerá un nuevo paradigma para la interpretación de los derechos en el marco de la Constitución⁷⁶⁸. Dos son las funciones más importantes que tiene que desempeñar. La primera, desde el «punto de vista del Derecho especial técnico», los derechos fundamentales «pueden afectar al legislador, a ciertos departamentos de la Administración, a cada individuo, a todos ellos en su conjunto, al igual que a ninguno de ellos». Incluso en el caso de que no reciban su validez directamente, exigen al menos para ser interpretados por el Derecho especial, una fundamentación a partir del sistema cultural del que se desprenden. Al menos en este sentido, nos dice, los derechos fundamentales representan la «norma que rige a la Constitución, la legislación y la Administración»⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ Cf. SMEND, Rudolf, “Constitución y Derecho constitucional”, cit., pág. 132.

⁷⁶⁷ Cf. SMEND, Rudolf, “Constitución y Derecho constitucional”, cit., pág. 133.

⁷⁶⁸ Contra la opinión general que ve en ellos, al menos en su contenido clásico, el principio de legalidad rector del actuar de la Administración Pública, Smend enfatiza que los derechos fundamentales no pertenecen al Derecho Administrativo ni al Derecho especial de Policía, ni al Derecho Privado, etcétera, sino que, forman parte del Derecho Constitucional. Cf. SMEND, Rudolf, “Constitución y Derecho constitucional”, cit., pág. 230.

⁷⁶⁹ SMEND, Rudolf, “Constitución y Derecho constitucional”, cit., pág. 231 (cursivas mías).

Además de aquella significación mediata o inmediata que pueden tener para el derecho especial técnico, existe una significación adicional, que, según Smend, es la fuente de aquélla: los derechos fundamentales van a representar «un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenido en la Constitución». Desde el punto de vista político, esto significa «una voluntad de integración material»; desde el punto de vista jurídico, significa «la legitimación del orden positivo estatal y jurídico». Este orden positivo es válido sólo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él, se convierte legítimo⁷⁷⁰. Creo que esta presentación es suficiente para advertir la importancia de Smend para la dimensión objetiva de los derechos. En todo caso, obsérvese que, por un lado, si bien los derechos fundamentales «como derecho especial técnico» van a afectar a todos los poderes públicos, no deja en claro cómo, ni en qué situaciones, es decir, hace patente su indeterminación. Otro punto importante es que avanza también que los mismos requieren de una interpretación especial, «flexible».

Por lo demás, no pueden pasarse por alto algunas cuestiones de la teoría de Smend antes de cerrar el presente apartado. En abierta polémica con aquél, H. Kelsen destacó que su construcción adolece de muchas inconsistencias en el plano metodológico que derivan de su pretensión de incardinar el estudio del Estado y del Derecho en las ciencias del espíritu⁷⁷¹. Su metodología es, por lo demás, anti-normativista. A este respecto, se ha observado que avanzó un desarrollo que se emancipa o rompe con el método jurídico tradicional por completo. Así, por ejemplo, E.-W. Böckénforde, siguiendo la estela de C. Schmitt y E. Forsthoff, advierte que «la determinación del contenido del derecho fundamental se convierte en una cuestión de averiguación del sentido del valor en él expresado, lo que sólo parece intuitivamente en los términos de la ciencia del espíritu, así como de la inserción de

⁷⁷⁰ Dice: los derechos fundamentales, pretenden regular por una parte, una serie material autónoma, es decir, un sistema de valores, de bienes, un sistema cultural y por otra, lo regula en tanto que sistema nacional, es decir, como sistema para todos los alemanes, el cual afirma el carácter nacional de esos valores. SMEND, Rudolf, “Constitución y Derecho constitucional”, cit., aquí pág. 231.

⁷⁷¹ Así, advierte H. Kelsen que todo su desarrollo está aquejado por: “una total carencia de clausura sistemática, una cierta inseguridad de la concepción, que le aparta de las decisiones claras e inequívocas, le hace moverse preferentemente sólo con vagas indicaciones y lastra de cautas limitaciones toda toma de postura medianamente inteligible; de ahí también un estilo literario oscuro y difícil, lleno de voces extrañas que sólo se explican a medias”. KELSEN, Hans, *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Julius Springer, Viena, 1930 [trad. cast. con estudio preliminar de J. A. García Amado, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997, por donde se cita, aquí pág. 5.]

este valor en el sistema de valores que le sirve de base, lo que sólo es averiguable a través de la correlación con la conciencia valorativa espiritual-cultural del momento»⁷⁷². La deriva hacia un Derecho *a-sistemático* es lo que, podríamos decir, caracteriza a la teoría-axiológica de los derechos derivada de los desarrollos de R. Smend.

Pero acaso las reservas más importantes tengan que ver con su fuerte impronta comunitarista. No parece descartarse del todo la posibilidad de una «sustanciación del colectivo»⁷⁷³. Kelsen advirtió el fuerte «tufo organicista» de la apuesta de Smend. Para aquel es claro que, no obstante sus reservas, «el concepto de Estado de Smend se parece como dos gotas de agua a la ‘unidad real de vida’ de cuyo carácter valioso se deduce la obligación de los hombres de ‘vivir para el conjunto y, si es necesario, morir por él’. Se trata del concepto orgánico de Estado, de Gierke»⁷⁷⁴. Asimismo no pasa desapercibido el carácter anti-liberal de su teoría⁷⁷⁵. Por lo demás, ello no debería sorprender: los desarrollos «materiales» de Constitución suelen ir acompañados con una fuerte pretensión de homogeneidad social o valorativa. Es decir, muestran un déficit de pluralismo que no debe pasar desapercibido. En la medida en que el tipo de «integración» que se predica se declare pre-jurídica y pre-estatal; o incluso, se considere aquélla como un mal que ha de erradicarse (v. gr. por medio de un partido único⁷⁷⁶) sus peligros son latentes. Para ejemplificarlo con una

⁷⁷² Cf. BÖCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechteinterpretation”, *NJW*, 1974 [trad. cast. de J. L. Requejo, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *Íd, Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 44-71, por donde se cita, aquí pág. 50.]

⁷⁷³ Tomo aquí el nombre de un trabajo del profesor Elías Díaz: “Sustancialización de lo colectivo y Estados totalitarios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1961.

⁷⁷⁴ KELSEN, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, cit. aquí pág. 49. Así, con su insistencia en en la ‘realidad Estatal’. Que el Estado sea realidad, explica Kelsen, sólo puede serlo en la medida en que es ‘vida’, lo que posiblemente es tanto como decir que lo es en la medida en que es un algo o un proceso ánimico-corporal (pág. 41). O también cuando nos dice que entre sus errores se cuenta la asunción de una sustancia estatal supraindividual que se halla por encima de la voluntad, la personalidad o la vida de los individuos particulares y se presenta, por tanto, como ‘voluntad’ supraindividual, como ‘personalidad’ supraindividual o como ‘vida’ supraindividual (p. 45).

⁷⁷⁵ “El ideario político de Smend –escribe Kelsen– es contrario al liberalismo, denomina como modo de pensar liberal aquella indiferencia al interior del Estado que permite a los indiferentes no sólo reconocer que el Estado no es un trozo de realidad vital psicofísica, sino que les obliga también a extraer las consecuencias de ese conocimiento. Más la teoría del Estado de la *Teoría pura del Derecho* no es en verdad ‘liberal’. Nadie ha excluido tan enérgicamente como yo los juicios de valor liberales de la doctrina del Estado”. KELSEN, Hans, *El Estado como integración*. cit. aquí pág. 53.

⁷⁷⁶ Creo que estas observaciones pueden trasladarse *mutatis mutandi* –o, incluso, más certeramente, puesto que este autor no parece introducir las reservas que sí hace Smend– a otra ‘teoría de Constitución material’ no menos famosa como la de C. MORTATI. Este autor también es muy crítico del positivismo jurídico por considerarlo renuente a valores (pp. 21-23). Sin embargo, las funciones y

imagen que también está en el nervio de la teoría del Estado y del Derecho alemana: de un *Estado total*, a la *Constitución Total*⁷⁷⁷. A esto me refería cuando señalaba que esta forma de comprender la dimensión objetiva presenta mayores problemas.

En todo caso, lo que me interesa señalar es la importancia y las implicaciones que tiene la teoría de Smend en el campo de los derechos fundamentales así como en algunas de sus caracterizaciones actuales. En este sentido, tal y como explica M. La Torre, el desarrollo de Smend tiene tres consecuencias claves. En primer lugar, se hace necesaria una interpretación anti-‘formalista’ de los derechos fundamentales que va más allá de la letra ‘a favor de un examen de su contenido material’. Esta es, como dije al comienzo, una consecuencias más importantes de haber infundado, deducido o incorporado unos valores en el Derecho mismo. En segundo lugar, que tiene que aplicarse una técnica holística, es decir, tiene que irse más allá de la búsqueda del sujeto activo y pasivo de los derechos para, en su lugar, ir en pos ‘del significado esencial del derecho fundamental en cuestión’. Y, por último, que esa interpretación debe cultivarse en una atenta consideración de las transformaciones históricas y del cambio de circunstancias en las cuales se hacen valer⁷⁷⁸. Nuevamente se aprecia aquí la incardinación de los valores al mundo social. Así vistas las cosas, no se trata de una realidad u orden ontológico al que unos pocos tienen *fiat* para acceder.

2.2 EL FALLO LÜTH: EL «EFECTO DE IRRADIACIÓN»

La interpretación de la Ley Fundamental a la que vengo aludiendo deriva del fallo *Lüth* (BVerfGE 7, 198). En esa jurisprudencia se establecen los conceptos centrales de «valor», «ordenamiento valorativo», «jerarquía valorativa» y «sistema de valores» en los que se apoya el Tribunal Constitucional Federal alemán en numerosas ocasiones. Ahora bien, que se haga aquí alusión a la jurisprudencia no es ningún

su concepto de Constitución material es supra-jurídico (pág. 128 y ss), con el inconveniente de dejar totalmente su determinación a las fuerzas políticas (pág. 146 y ss.) del momento; e incluso al partido dominante, sin límite alguno (pág. 139). Con todo, el epílogo de Zagrebelsky contenido en el propio volumen, matiza y modula una cierta actitud a-crítica hacia la obra de dicho autor. Véase: MORTATI, Constantino, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1940 [trad. cast. con estudio preliminar de A. Bergareche, *La constitución en sentido material*, (epílogo de G. Zagrebelsky), Madrid, CEPC, 2000, por donde se cita].

⁷⁷⁷ Véase: Kumm, Mathias, “Quién teme a la constitución total”, cit.

⁷⁷⁸ Cf. LA TORRE, Massimo, “La comunita integrata: Rudolf Smend”, en: *Íd.*, *La crisi del novecento. Giuristi e filosofi nel creposcolo di Weimar*, Bari, Edizione Dedalo, 2006, pp. 131-201, aquí pág. 186.

sentido irrelevante sino, más bien, todo lo contrario. Debe anotarse el privilegiado lugar que ocupa el juez y la jurisprudencia constitucional para tal ideología. La misma se agudiza si, además, tenemos en cuenta el material normativo con el que trabajan y los problemas que ello conlleva para la división de poderes⁷⁷⁹. La ideología constitucionalista, estimo, no se puede entender a cabalidad sin tener en cuenta la labor interpretativa de aquellos⁷⁸⁰. Se trata de una labor decisiva para todo el sistema que requiere diálogo e interacción constante: un ir y venir que va desde la jurisprudencia, pasa por la dogmática y llega a las teorías de los derechos fundamentales. P. Häberle, por ejemplo, habla de un «mano a mano entre ciencia y jurisprudencia» dado que ambas «someten sus desarrollos a discusión continuamente»⁷⁸¹.

Un trabajo de G. Dürig, publicado el mismo año en que se produjo la sentencia Lüth, puede resultar ejemplificativo de ese «mano a mano» aludido. Dicho trabajo no es otro sino su famoso *Komentar* al artículo 1º de la Ley Fundamental en el tratado Maunz/Dürig. Como señala J. A. García Amado, estamos ante un claro precursor de la que aquí denomino ideología constitucionalista. Desde el comienzo de comentario de Dürig hay poco lugar para la duda:

⁷⁷⁹ Es casi una cláusula de estilo hacer notar la importancia en la que fue colocado el Tribunal Constitucional alemán en la LF de Bonn, pero también los problemas que de ello derivan. Así, por ejemplo, O. Bachof constata el aumento de la función de control de aquella, traducido en un incremento acentuado del poder del juez y, nos dice, traducido también *necesariamente* en una disminución proporcional del poder Legislativo y del Ejecutivo. Que la LF ha puesto en un lugar preferente al juez constitucional es para Bachof un ‘hecho indiscutible’. La polémica, en todo caso, es “si ha hecho bien la LF ha hecho bien al atribuir tal lugar al juez”. Cf. BACHOF, Otto, *Jueces y constitución*, trad. de R. Bercovitz, Civitas, Madrid, 1985, pág. 27. Asimismo, se ha destacado que si bien la LF otorga (¡)unas competencias verdaderamente extensas(!) al TC, también es cierto su labor ha servido para instaurar y desarrollar la cultura de los derechos y de la Constitución lo que consolidó su posición y prestigio (FALLER, Hans-Joaquim, “Cuarenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán”, *REDC*, núm. 34, 1992, trad. de J. Nicolás, pp. 127-137, aquí pág. 128 y ss., -énfasis en el original-).

⁷⁸⁰ R. Alexy ha hecho notar que en la determinación del significado de lo que los derechos fundamentales, en tanto formulaciones vagas, ha jugado un papel imprescindible el Tribunal Constitucional Federal alemán. Incluso, para Alexy “la ciencia de los derechos fundamentales –a pesar de la controversia acerca de la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán– ha devenido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional”. Cf. ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 7, cursivas más.

⁷⁸¹ Cf. HÄBERLE, Peter, “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica” trad. de F. Balaguer Callejón, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 2, 1999, pp. 4-46, aquí pág. 15. A decir de Häberle, tal influencia muestra, no obstante, un rostro nocivo: el de la abdicación de los iuspublicistas. En la medida en que los teóricos del Derecho público se han ocupado más de la interpretación (post)glosatoria y del comentario de la jurisprudencia que en la creación y formulación de nuevos paradigmas. [pág. 13]

«En la conciencia de la vinculatoriedad y la fuerza obligatoria de una Constitución también y en última instancia sólo puede fundarse en valores objetivos, el legislador constitucional, una vez que la referencia a Dios como el origen de todo lo creado no puede ser mantenida, ha hecho profesión de fe en el valor moral de la dignidad humana. Mediante tal asunción del valor moral de la dignidad humana en la Constitución positiva este valor se ha hecho al mismo tiempo (precisamente desde el punto de vista del derecho positivo) valor jurídico, de manera que su consideración jurídica (reconocidamente difícil, pero inusual) es mandato jurídico-positivo»⁷⁸².

Según el autor alemán, este artículo sienta ya «la base de un completo sistema de valores» como una decisión previa. Es más, cuando la Constitución señala en su artículo 19 que hay una obligación de respetar en todo caso «el contenido esencial» de esos derechos, se está dando forma positiva a esa «decisión valorativa previa»⁷⁸³. García Amado apunta una observación que aquí resulta oportuno retener. Es la siguiente: para Dürig el artículo comentado de la Constitución, al recibir la dignidad humana, «acoge en sí ya todos los derechos por lo que sus ulteriores concreciones son propiamente prescindibles, pues los derechos de la Constitución serían los mismos aunque fuera el artículo 1 la única cláusula del derecho»⁷⁸⁴. Aquí está, expresada, nuevamente, me parece, la idea de la Constitución «como huevo jurídico originario».

Pues bien, a la vista de este comentario podemos ir perfilando tanto la importancia como las repercusiones del fallo Lüth. Como venimos apuntando, el afianzamiento de los derechos fundamentales como normas directamente vinculantes; y sobre todo como «normas objetivas de principio», se establece en dicho fallo⁷⁸⁵. Así, el 15 de enero de 1958 en la sentencia que decidió este caso el Tribunal consideró que:

⁷⁸² En lo que sigue, salvo referencia en contrario, me voy a valer de la traducción y exposición que de él hace: García Amado, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en *Íd., El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 141-168, aquí pág. 145 y ss.

⁷⁸³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, cit. pág. 146.

⁷⁸⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, cit. pág. 148.

⁷⁸⁵ En este sentido también: STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *RCEC*, núm. 1, 1988, pp. 261-277, aquí pág. 264.

«Sin duda, los derechos fundamentales se orientan en primer lugar a asegurar una esfera de libertad de los particulares frente a las agresiones del poder público. Son derechos defensivos del ciudadano frente al Estado. Así resulta tanto del desarrollo intelectual de la idea de derechos fundamentales como de los procesos históricos que hayan llevado a que las constituciones de los distintos estados recojan los derechos fundamentales. Ese es también el sentido que tienen los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, la cual, al anteponer el capítulo de los derechos fundamentales, ha querido resaltar la prioridad de los seres humanos y su dignidad frente al poder del Estado.

[...]

Pero igualmente cierto es que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden valorativamente neutral ha plasmado un orden objetivo de valores y que así se expresa un importante refuerzo de la capacidad normativa de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que tiene su centro en la personalidad humana, desarrollada libremente dentro de la comunidad social, y en su dignidad, debe valer como decisión constitucional fundamental para todos los sectores del derecho. Legislación, administración y jurisprudencia reciben de ese sistema orientación e impulso. Naturalmente, influye también en el derecho civil. Ningún precepto jurídico-civil puede estar en contradicción con él y cada uno debe ser interpretado según el espíritu y de ese sistema»⁷⁸⁶.

Con la claridad analítica que le caracteriza, R. Alexy explica que tres son las ideas contenidas en este fallo. La primera, nos dice, *ya encierra a todas las demás*, y es que el catálogo de derechos fundamentales es un sistema de normas⁷⁸⁷. La segunda idea, que casi se entiende por sí misma, es que si los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son «valores» o «principios» luego también vinculan a los tres poderes como «principios»⁷⁸⁸. Dado ese carácter «los derechos fundamentales van a aparecer por todas partes», expresando con ello su «ubicuidad», la idea «de su

⁷⁸⁶ Tomo la traducción de: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, cit., aquí pág. 155.

⁷⁸⁷ Cf. ALEXY, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsrechtbar und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL*, 61, 2002 [trad. cast. de C. Bernal Pulido, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria” en: Íd., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 43-92, por donde se cita, aquí pág. 43, cursivas mías].

⁷⁸⁸ ALEXY, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario –”, cit., aquí pág. 44

expansión en todas las áreas del Derecho». La tercera idea es la que se deriva de la estructura de lo que la corte denominó entonces valor cuya característica básica para Alexy es que *entran en colisión*⁷⁸⁹. Debido precisamente a que colisionan, el enunciado que para el quehacer jurídico cotidiano se desprende del seminal fallo será que resulta «indispensable llevar a cabo una ponderación de bienes»⁷⁹⁰.

El «efecto de irradiación» (*Ausstrahlungswirkung*), aquí formulado, hace referencia a la propagación de los contenidos ius-fundamentales. Dicho efecto, sin género de dudas, es una de las señas de identidad del constitucionalismo como ideología. La Constitución, con su «denso contenido material»⁷⁹¹ se reclama vinculante y que además se garantiza judicialmente⁷⁹², produjo uno de los fenómenos más interesantes a los que los juristas hayan asistido: a una suerte de «colonización del Ordenamiento» por los valores y principios constitucionales y de modo destacado por los derechos fundamentales. En cuanto al término en sí, el mismo parecía circunscribirse a la posibilidad de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones inter-privados⁷⁹³. Pero éste, quiero destacar, es sólo uno de sus efectos. De ahí que resulte, quizá, más adecuada la idea, popularizada por R. Guastini, de

⁷⁸⁹ Como se sabe, Alexy focaliza vincula el carácter de principios de los derechos fundamentales a la caracterización que de ellos hiciera la jurisprudencia constitucional como ‘valores’ u ‘orden de valores’. No obstante, introduce una distinción que estima fundamental: mientras que los valores pertenecen a la esfera de lo bueno; los principios pertenecen a la esfera de lo debido. Con ello, por un lado, pretende enfatizar el carácter de normas (*el deber ser*) de los principios así como, por el otro, evitar interpretaciones deficientes a la que está expuesta el concepto de valor. Véase: ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 120 y ss.

⁷⁹⁰ ALEXY, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, cit., aquí pág. 44

⁷⁹¹ La expresión es de Luis Prieto.

⁷⁹² En efecto, tal y como ha sido destacado por R. ALEXY, en la teoría alemana los derechos fundamentales se pueden caracterizar por: a) su *máximo rango* pues están contenidos en la norma constitucional, en el nivel superior de las gradas del ordenamiento constitucional; b) su *máxima fuerza jurídica* al vincular como Derecho directamente vigente al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial y al estar su observancia plenamente controlada por los tribunales hasta culminar en el Tribunal Constitucional de Karlsruhe; c) su *máxima importancia de objeto* al decidir las cuestiones básicas de la sociedad –la libertad contractual; garantía de la libertad de opinión, prensa, radio, televisión; libertad religiosa; protección a la vida y a la integridad física, etc.–; finalmente, d) su *máximo grado de indeterminación*, que se advierte del carácter meramente sucinto, lapidario y vacío del texto constitucional. Para Alexy, lo anterior puede reconducirse gracias a la estructura normativa de principios. Véase: ALEXY, Robert, “Grundrechte in demokratischen Verfassungsstaat” en: A. Aarnio, R. Alexy, G. Bergholtz (eds.), *Justice, Morality and Society. Festschrift für Aleksander Peczenik*, Lund, 1997 [trad. cast. de A. García Figueroa “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático” en: M. Carbonell (comp.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, por donde se cita, aquí pp. 33-36.]; *Íd.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 463.

⁷⁹³ De modo general, puede verse: HESSE, Konrad, *Verfassungsrecht un Privatrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988 [trad. cast. de I. Gutiérrez Gutiérrez, *Derecho constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995, por donde se cita, esp. pág. 53 y ss.]

«constitucionalización del Ordenamiento jurídico» al ser más amplia. En ambos casos se parte de la pretensión de normatividad de todos los contenidos constitucionales. No es casual que dicho proceso se caracterice, precisamente, por «una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales»⁷⁹⁴.

Paralelamente a Alexy, y haciendo referencia al caso italiano, las condiciones que se precisan para poder hablar de un ordenamiento constitucionalizado –en alemán se habla de *Konstitutionalisierung*– a decir de Riccardo Guastini, son las siguientes:

- a) una constitución rígida, que prevea procedimientos distintos: uno para la actividad legislativa ordinaria y otro más agravado para la reforma constitucional;
- b) la garantía jurisdiccional de la constitución;
- c) la fuerza vinculante de la constitución;
- d) la sobreinterpretación de la Constitución, como una práctica constante de los operadores jurídicos y por la cual se extraen normas no expresas del texto constitucional;
- e) la interpretación conforme de las leyes a los contenidos constitucionales;
- f) la aplicación directa de la Constitución de los jueces comunes; y
- g) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas⁷⁹⁵.

Pues bien, es claro que esta forma de ver las cosas resulta un giro de primer magnitud. La centralidad y totalidad del discurso constitucional en clave valorativa es una de las señas que sin duda alguna nos sirven para identificar a la ideología constitucionalista. Pero este no es el único cause por el cual se ha intentado dar consistencia teórica al mismo. Veamos otro desarrollo estrechamente vinculado.

2.3 INSTITUCIONES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Ese otro desarrollo al que me quiero referir es la cualificación de los derechos fundamentales como «instituciones». Se trata de otro recurso en el intento de

⁷⁹⁴ GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, trad. de M. Carbonell, México, Fontamara-UNAM-IIJ, 2001, pág. 153.

⁷⁹⁵ GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico italiano”, trad. de A. Lujambio, en: *Neoconstitucionalismo(s)* cit., pág. 49 y ss.

caracterizar su dimensión objetiva en el ámbito de la teoría jurídica de los derechos: «analizar la forma y estructura de los derechos como instituciones jurídicas»⁷⁹⁶. Si bien, tal y como se hizo notar con el adjetivo valor, no existe tampoco significado ni utilización unívoca del término «institución» por la doctrina⁷⁹⁷. A efectos del presente trabajo puede decirse, como punto de guía, que con el adjetivo institucional aplicado a los derechos fundamentales se pone énfasis en la importante posición de aquéllos en el Ordenamiento a la vez que no se pierden de vista los ámbitos sociales que pretenden regular. Por ello se insiste en el hecho de que las teorías institucionalistas son teorías normativas abiertas a la realidad y, como tales, pretenden escapar de metodologías reduccionistas⁷⁹⁸.

Como explica M. La Torre, el énfasis en la dimensión social que manifiesta el institucionalismo puede entenderse en la medida en que éste intenta dar respuesta a las cuestiones más importantes en el ámbito del Derecho público: «la exigencia de la integración de los individuos en estructuras colectivas, la estabilidad de las relaciones intersubjetivas y la necesidad de legitimidad de la autoridad política»⁷⁹⁹. Por ello también las teorías institucionalistas –y, con ellas, las formulaciones de la idea de institución– pretenden trascender al individuo aislado. En otros supuestos, poseen también componentes de tipo anti-individualistas⁸⁰⁰. En sus desarrollos modernos

⁷⁹⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Ordenamiento jurídico y derechos humanos” cit. pág. 307.

⁷⁹⁷ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit.

⁷⁹⁸ Sobre la metodología del institucionalismo jurídico, véase: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación)*, Madrid, Dikynson, 1996, pp. 52 y ss.

⁷⁹⁹ Cf. LA TORRE, Massimo, “Teorías institucionalistas del Derecho” cit., pág. 105-6.

⁸⁰⁰ Massimo LA TORRE distingue [“Teorías institucionalistas del Derecho” cit., pp.104-112.] entre teorías institucionalistas “nuevas y viejas”. Entre las “viejas” se encontrarían teorías tales como la de Santi Romano y Maurice Horiou. Entre ellas estarán otras teorías “menos legítimas” (pág. 105) entre las cuales destaca la de Carl Schmitt. El nuevo institucionalismo estaría representado en las aportaciones de Neil MacCormick y Ota Weinberger, bajo el influjo de teorías del Derecho como las de H.L.A Hart y H. Kelsen. Grosso modo, en el “viejo institucionalismo” el Derecho comparte tres rasgos: la socialidad, la “ordimentalidad” y la “pluralidad”. El Derecho así es visto sobre todo como estrechamente conectado a la sociedad, de manera que para algunos institucionalistas los dos términos devienen sinónimos; luego es concebido como “ordenamiento”, como organización; en fin, es “plural”, en el sentido que no se cree que en un mismo ámbito territorial se dé sólo un sistema de normas, coherente y cerrado en sí mismo, sino que se considera que se dan más sistemas jurídicos recíprocamente integrados entre sí. El “nuevo institucionalismo” por su parte expresa ante todo posición antireduccionista. Ella se manifiesta en primer término en el campo ontológico, de manera que la realidad social no es considerada como reducible completamente a aquella material espacio-temporal (como afirman sin embargo los realistas escandinavos ala Olivecrona), y se distingue entre “hechos brutos” y “hechos institucionales” (tomando la propuesta del filósofo John Searle). Así, el Derecho no es reducido a una serie de normas, si bien sistematizadas entre sí, sino que se considera que en la definición del concepto de Derecho deben tenerse en cuenta también otros elementos como los ámbitos de acción hechos posibles por las normas y los principios de acción expresados en un cierto contexto

suelen poner el énfasis en los «hechos institucionales» que derivan o tienen su fundamento en normas constitutiva (en contraposición a los «hechos brutos»). En el plano político, dichas teorías buscan revalorizar la idea de institución frente a los reduccionismos que se observan en la teoría de la decisión; frente al individualismo metodológico⁸⁰¹.

Pues bien, en el reconocimiento de una dimensión institucional de los derechos también se aprecia, en general, todos los objetivos e itinerario anteriormente señalados. En P. Häberle se advierte de forma clara cuando indaga sobre el desconocimiento de esa dimensión institucional y no meramente individual de aquellos. Entre los factores que menciona, señala, en primer término, al «voluntarismo» que relaciona, su vez, con el formalismo: el Derecho entendido en esos términos no proporciona parámetro alguno, no informa, no determina lo que es querido. Bajo la influencia de aquel el significado jurídico que se le asigna a los derechos fundamentales ocupa sólo el aspecto unidimensional de la relación entre la voluntad entre Estado e individuo, y se manifiesta en la relación entre la libertad negativa individual y el límite a esa libertad⁸⁰². En segundo lugar, habla del «iusnaturalismo racionalista» que construye los conceptos jurídicos partiendo del individuo y termina por deducirlos a una ‘psicología individualista y una visión utilitarista’⁸⁰³.

En esta misma línea, sostiene que un excesivo subjetivismo de la impronta positivista, al considerar viable fundar un ordenamiento sobre un catálogo de derechos individuales, ha sido otro argumento para desconocerla. Escribe:

«individualismo y liberalismo ulterior han contribuido para que el aspecto institucional de los derechos fundamentales fuese descuidado. Es coherente a ambas direcciones de pensamiento el considerar los derechos fundamentales de modo unilateral, desde el aspecto individual-estatal. El individuo es unido como

social, que inspiran aquellas normas y cuya aplicación rigen bien o mal (pp. 105-108). [Véase, también: Massimo LA TORRE, “Institutionalism Old and New” *Ratio Iuris*, vol. 6, 1993, pp. 190-201]

⁸⁰¹ Cf. LA TORRE, Massimo, “Teorías institucionalistas del Derecho” cit., pág. 104.

⁸⁰² HÄBERLE, Peter, “El doble carácter de los derechos fundamentales:”, cit, pp. 146 y ss.

⁸⁰³ HÄBERLE, Peter, “El doble carácter de los derechos fundamentales:”: pp. 151 y ss.

‘soberano’ descuidando en cambio la existencia de ordenamientos objetivos. El derecho vale como ‘límite’, no como ‘cumplimiento’ de esa libertad»⁸⁰⁴.

Para Haberle las formulaciones de G. Jellinek y Laband –hasta llegar a H. Kelsen– que determinaron y dominaron el panorama de la doctrina iuspublicista alemana, se caracterizarían por separar el Derecho «de su sustrato sociológico [...] de las realidades de vida situadas detrás de los conceptos jurídicos que por su origen y carácter de pre-existencia no son en absoluto considerados»⁸⁰⁵. De esta forma, nuevamente, se acusa tanto al positivismo jurídico como el formalismo de obstaculizar el reconocimiento de ese significado institucional de los derechos. Significado que, no obstante, debe diferenciarse de las llamadas «garantías institucionales».

Aquí, en efecto, deben hacerse dos aclaraciones respecto al adjetivo «institucional». Por una parte, se puede identificar un uso en relación con las denominadas «garantías institucionales» de ascendencia ‘schmittiana’; y por la otra, un uso cercano a su utilización actual, donde el carácter institucional aplicado a los derechos se vincula de manera más directa al doble carácter de los mismos. En primer término, debe decirse que por garantía institucional se puede entender dos cosas muy distintas: de un lado, es la institución o el instituto mismo objeto de la garantía; de otro, es la determinada garantía de que se dota a la institución o al instituto en cuestión. El primero se va a referir tanto a las «organizaciones», «instituciones» o «institutos» cuya existencia y mantenimiento la Constitución ha pasado a garantizar y que no pueden ser suprimidas por medio de la legislación ordinaria⁸⁰⁶. En sus formulaciones primigenias se entendía que la garantía institucional y el derecho fundamental, no eran cosas idénticas, es decir, que había una diferenciación entre unos y otros.

Así, C. Schmitt entendía una garantía institucional no es un derecho fundamental, pero sí es con frecuencia un elemento complementario, un «añadido» al mismo. Escribe Schmitt: «Una garantía institucional presupone evidentemente una

⁸⁰⁴ HÄBERLE, Peter, “El doble carácter de los derechos fundamentales: el aspecto de derecho individual y el institucional”, cit., aquí pág. 152.

⁸⁰⁵ HÄBERLE, Peter, “El doble carácter de los derechos fundamentales:”, cit., aquí pág. 153.

⁸⁰⁶ CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, pp. 35-62, aquí pp. 59-60

institución, es decir, un establecimiento [*Einrichtung*] de carácter jurídico-público formado, organizado y, por tanto, diferenciado». Sustituyendo la referencia al derecho público, tendríamos una noción equivalente de garantía de instituto. Schmitt intentaría distinguir entre aquellas garantías que, por insertarse en el tipo de Constitución de que se trate, serían perfectamente legítimas [*Verfassungsgarantie*], y aquellas otras que sólo persiguen con su incorporación a la Constitución la protección frente al legislador ordinario [*Verfassungsgesetzliche Garantie*]. En todo caso, reconoce el carácter tendencialmente conservador de lo existente inherente a las garantías institucionales. Más diferencia entre la garantía institucional y el derecho fundamental. En palabras de este autor: «mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible la supresión en vía legislativa ordinaria. Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales; si bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad»⁸⁰⁷. Aquí encontramos la doble finalidad perseguida por este autor respecto a la teoría de las garantías institucionales: por un lado separar conceptualmente los derechos de libertad de las garantías institucionales y por el otro, proclamar la sujeción del legislador al respecto de esas garantías consagradas en la Constitución⁸⁰⁸.

Ello no significa una absoluta indisponibilidad para conformarla. Más bien, la garantía institucional se concibe, como un reducto en el que es posible ciertamente la acción del legislador, pero éste carece de una facultad de disposición total e inmediata⁸⁰⁹, de forma tal que no produzca una ruptura con la realidad social⁸¹⁰. Este sería el segundo adjetivo o instrumental; es decir, la concreta garantía de la que se pretende dotar a ese instituto o institución previamente identificados. Como ha destacado P. Cruz Villalón, aquí garantía institucional y garantía de instituto son lo mismo: «garantía institucional» en su significado adjetivo es lo mismo que

⁸⁰⁷ Véase: SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928 [trad. cast. de F. Ayala, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2ª reimp, 1996, por donde se cita, aquí pág. 175].

⁸⁰⁸ En este sentido: BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 155-179, aquí pág. 166.

⁸⁰⁹ Cf. ESTEVE PARDO, José, “Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local”, *REDC*, núm. 31, 1991, pp. 125-147, aquí pág. 127

⁸¹⁰ GAVARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit, aquí pág. 99

«contenido esencial»; un «contenido esencial» *avant la lettre*, porque entonces no existía como tal, y ello es así porque el «contenido esencial» es precisamente una derivación de la «garantía institucional» en su significado adjetivo⁸¹¹.

Ahora bien, volviendo a la doctrina del doble carácter de los derechos fundamentales, parece claro ya que con ella se expresa que éstos no sólo son derechos individuales subjetivos de cada uno y de los grupos, sino que también «protegen relaciones objetivas, complejos normativos contruidos por el Derecho ordinario»⁸¹². En ello ha insistido particularmente P. Häberle, quien entiende que los derechos «representan la garantía constitucional de esferas de vida reguladas y organizadas según principios de libertad, que, a causa de su significado objetivo-institucional, no se dejan enclaustrar en el esquema de libertad individual/límite a la libertad individual, se rebelan a la relación a unidimensional individuo/Estado y no se dejan fundar sobre el solo individuo»⁸¹³. Cumplen una función social, están condicionados por otros bienes jurídicos constitucionales, configuran la base constitucional de la democracia. De ahí que su ejercicio y garantía pueda caracterizarse a través de la unión entre intereses individuales e intereses públicos. Ambos están entrelazados unos con otros, pues en la medida que un derecho fundamental es infringido, también son afectados los intereses públicos. Intereses públicos e individuales no están contrapuestos, ni situados paralelamente uno al lado de otros, sino que se caracterizan por una *coincidencia* en la situación de los distintos intereses.

Al cumplir una función social, los derechos precisan ser configurados y ser desarrollados para su ejercicio. Para Häberle Cualquier ejercicio de derechos es una actividad social en mayor o menor medida. Dichos intereses tienen igualdad de rango tanto los intereses individuales como los intereses sociales. En segundo término, cabe decir que entre los derechos fundamentales existe relaciones de implicación recíproca; puesto que todos se hayan relacionados entre sí y con la totalidad de la Constitución. Los derechos, en este sentido, se refuerzan y protegen mutuamente. Finalmente los derechos fundamentales constituyen la base funcional para la democracia. Ese doble carácter es para el profesor alemán lo que caracteriza su esencia: «ambos aspectos, el

⁸¹¹ Cf. CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales” cit aquí 62

⁸¹² HÄBERLE, Peter, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, trad. de L. Parejo, Derechos y Libertades, núm. 1, 1993, pp. 149-167, aquí pág. 153-4

⁸¹³ HÄBERLE, Peter, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales” cit., pág. 154

de derecho individual y el institucional, forman en su conjunto el derecho fundamental, poseyendo, por tanto, una impronta personal y un sello objetivo-institucional. La libertad no es antítesis, sino concepto correlativo a la institución»⁸¹⁴.

Ahora bien, es de destacarse que, para el autor, de la institucionalización de los derechos fundamentales no se sigue paralelamente alguna debilitación de la libertad individual; sino que por el contrario, allí se propone y se produce un reforzamiento de la libertad. De ahí que en su igualdad de rango y de correlación entre ambos perfiles de los derechos fundamentales se desprenda para el legislador «la intangibilidad del aspecto institucional de los derechos fundamentales a causa de su naturaleza de derechos subjetivos y viceversa. En los derechos fundamentales así entendidos se desarrolla la vida de los individuos y de la colectividad»⁸¹⁵. Por último, debe tenerse en cuenta que el adjetivo «institucional» aplicado a las garantías o a la teoría significa cosas diferentes: «garantía institucional» refiere ámbitos especialmente protegidos, indisponibles, restringidos para el legislador –básicamente para que pueda suprimirlos⁸¹⁶–; mientras que el adjetivo institucional como «teoría de los derechos», abre un campo de actuación más generoso para el poder público, en la medida en que el aseguramiento de la libertad no se concibe como espacio cerrado a la intervención estatal. Dicho aseguramiento de la libertad, por el contrario, requiere actuaciones, complejos normativos «que los enriquezcan, que les dan dirección, medida, amparo, contenido y función»⁸¹⁷. Con en el primero se restringe y en con el segundo se habilita.

2.4 EL EFECTO FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS (*DRITTWIRKUNG*) Y LA DIMENSIÓN OBJETIVA

⁸¹⁴ HÄBERLE, Peter, “El doble carácter de los derechos fundamentales” op cit., pág. 164.

⁸¹⁵ HÄBERLE, Peter, “El doble carácter de los derechos fundamentales” op cit.,pág. 165.

⁸¹⁶ Según Schmitt, la vinculación que se establece con la garantía institucional consiste en que el legislador limita la ‘institución como tal’, pero no puede dejarla de lado. Ésta es exactamente la nota típica de la garantía institucional. Cf. SCHMITT, Carl, “Freiheitsrecht und institutionelle Garantien der Reichsverfassung” (1931) [trad. cast. de M. Herrero, “Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich”, en: *Íd., Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012, por donde se cita, pág. 193]

⁸¹⁷ BÖCKENFORDE, Erns-Wolfgang, “Teorías e interpretación de los derechos fundamentales”, op cit.,53.

La importancia que para el Ordenamiento jurídico tienen los derechos se verá reflejada en varios de los últimos desarrollos de la teoría y dogmática, que siguiendo en gran parte la jurisprudencia constitucional, cuestionan la suficiencia de la concepción clásica de los derechos fundamentales como derechos de defensa (*Abwehrrechte*), la cuestionan en el sentido de que dicha concepción no agota su significado. Me refiero a construcciones tales como el «efecto de irradiación»⁸¹⁸ y a todos los desarrollos que le acompañan. Así, los «deberes de protección»⁸¹⁹ que se le imprimen a los poderes públicos, su «vigencia en las relaciones entre particulares» (*Drittwirkung*) y, en alguna medida, su reflejo también se verá en el problema de los límites de los derechos, donde la ideología constitucionalista se decanta por una teoría externa⁸²⁰. Evidentemente que cada uno de estos temas presentarán, respecto a determinados elementos, mayores puntos de conexión con lo que aquí se entiende respecto a la función objetiva; es decir, que habrá casos donde con más claridad se hace patente la desvinculación respecto de sus titulares o de su faceta subjetiva y, con ello también, las tensiones que se dan entre ambas dimensiones.

⁸¹⁸ Véase el apartado anterior 2.2.

⁸¹⁹ Como explica M. Kumm: “una función capital de los derechos fundamentales consiste en servir como fundamento para que las autoridades públicas intervengan en nombre de los titulares de los derechos para responder a las amenazas provenientes de terceros. Estos terceros pueden ser terroristas que amenazan de muerte a un rehén, operadores de plantas nucleares que generan daños a los residentes de los alrededores, acreedores financieros que ejecutan una deuda frente a particulares, empresarios que despiden a sus trabajadores o propietarios que amenazan a los arrendatarios con desalojos. Las autoridades públicas a las que se dirigen estas pretensiones pueden ser el legislativo (por no haber aprobado una legislación de protección apropiada), el ejecutivo (por no tomar las medidas de protección apropiadas) o el judicial (por no interpretar el derecho de modo que ofrezca una protección apropiada)”. Véase: KUMM, Mathias, “¿Quién teme a la Constitución total?, cit, aquí pág. 161 y ss.] Para un desarrollo exhaustivo, véase: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 391 y ss.

⁸²⁰ Véanse: PRIETO, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 429-468; BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 42 y ss; Mientras que una teoría interna es más afín de quienes tienden a concebir los derechos fundamentales como absolutos o no limitables. Véase: Véase: MÜLLER, Friederich, “Acerca de la estructura de las normas jurídicas”, trad. de L. Villacorta, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, Madrid, 1988, pp. 111-126. La obra de referencia de este autor es: MÜLLER, Friederich, *Die Positiät der Grundrechte. Fragen einer praktischen der Grunderchtsdogmatik*, Duncker & Humbolt, Berlín, 1968. Un desarrollo de sus tesis pueden verse, entre otros, en: GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial en la ley fundamental de Bonn*, prolog. de F. de Carreras, Madrid, CEC, 1994, pp. 107-117.; o Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 3ª. ed., 2007, aquí pág. 449 y ss. Véase también: DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución” en: L. Martín Retortillo e. I. de Otto Pardo, *Derechos fundamentales y constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 95-171.

En esta parte, sin embargo me detendré únicamente en un desarrollo de la vertiente objetiva, que estimo clave para comprender la ideología constitucionalista. Dicho desarrollo no es otro sino el de la vigencia entre particulares de los derechos fundamentales es uno de los «hijos legítimos» de la vertiente objetiva o de su validez en todos los ámbitos del Derecho. Se trata de una de las cuestiones más interesantes⁸²¹ y debatidas, de los últimos años⁸²². Presenta no sólo una dimensión teórica sino que tiene también profundas implicaciones en la práctica en la medida en que en el mismo se reflejan las cuestiones fundamentales de las relaciones Estado y sociedad⁸²³. Ahora bien, el tratamiento adecuado del tema parte de identificar, al menos, las dos principales aristas del problema que precisan atenderse de forma separada. Estoy hablando, por un lado, a los problemas de la vigencia de los derechos entre particulares y, por el otro, del problema de la eficacia de los mismos. El primero se refiere a la forma en que los derechos fundamentales inciden en las relaciones entre particulares; mientras que el segundo se refiere a la protección, al mecanismo de tutela que se estima idóneo para garantizarlo («problema sustancial» y «problema procesal»⁸²⁴). Aunque sea una recomendación «distinguir» ambos temas, no obstante, resulta muy difícil pues están íntimamente relacionados⁸²⁵.

⁸²¹ Un autor alemán ha llegado a decir que la importancia de este desarrollo es tal que puede considerarse “uno de los descubrimientos jurídicos más interesantes de los tiempos modernos”, que teniendo como origen la ciencia jurídica alemana “se ha convertido en un artículo de exportación jurídica”. Véase: VON MÜNCH, Igno, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, cit., aquí pp. 29-30.

⁸²² Sirvan, a modo de ejemplo, el tratamiento en lengua castellana del tema: GARCÍA TORRES, Jesús y JIMENEZ BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La “Drittwirkung” en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986; el enciclopédico trabajo de BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE-CEPC, 1997; ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre Particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Desde el ámbito de la filosofía del Derecho, pueden verse: VENEGAS Grau, María, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de la autonomía de la voluntad*, prólogo de R. De Asís, Madrid, Marcial Pons, 2004; así como el apartado relativo al tema en: PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de R. De Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1995.

⁸²³ En este sentido, por ejemplo: DE DOMINGO, Tomás, “El problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del Derecho”, *Derechos y libertades*, núm. 11, 2002, pp. 251-289, aquí pág. 253.

⁸²⁴ Véanse: PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., 618-9; y ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 468. Hace falta hacer referencia al problema de colisión, a mi juicio, el aspecto central.

⁸²⁵ Permítaseme una pequeña digresión. En general suele decirse que sí los derechos fundamentales tienen vigencia en las relaciones entre particulares, entonces, sus eventuales violaciones deben ser

Aquí interesa sobre todo el primer problema, que ha sido resuelto por dos vías supuestamente distintas que han dado origen a dos teorías: la *Mittelbare Drittwirkung* (eficacia mediata) y la *Unmittelbare Drittwirkung* (eficacia inmediata). Y digo «supuestamente distintas» porque, efectivamente, se cuestiona las dos vías mencionadas son contrapuestas o contradictorias cuando, al parecer, ambas, aunque apuntando a diversos operadores jurídicos, conducen a resultados similares, son, como señala Alexy, «equivalentes en sus resultados»⁸²⁶. Si lo anterior es cierto, parece más acertada la observación de que lo que se discute actualmente no es la forma en que se construye sino el propio efecto frente a terceros⁸²⁷. En cualquier caso, me interesa presentar ambas posiciones pues considero que cada una introduce matices. Considero, en todo caso, que en el fondo late la misma idea: si se postula la fuerza normativa de los contenidos constitucionales resulta muy difícil negar la *Drittwirkung*. El problema, todo caso, es determinar cómo y en qué medida debemos articular dicho efecto.

Para la teoría de la eficacia mediata los derechos fundamentales no actúan en las relaciones entre particulares como derechos subjetivos directamente oponibles sino como principios que, en su carácter objetivo, «precisan ser rellenados»⁸²⁸ para

susceptibles de tutela jurisdiccional. Lo anterior nos mete en el complejo problema de su articulación procesal –que para el caso de los derechos suele tener una vía procesal especial, esto es, el “amparo” o “queja constitucional”–. Debe hacerse notar, en todo caso, que tradicionalmente la llave de acceso a este recurso está supeditado a que la violación se produzca por un poder público. En el caso alemán, ello fue resuelto con el recurso a la ficción de la imputación judicial. En el caso norteamericano, a través de la ampliación del concepto de la *State action* [sobre el particular, véase: BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. (La noción de la State Action en la jurisprudencia norteamericana)*, Madrid, McGraw-Hill, 1997]. Y, a la inversa, cuando procesalmente se reconoce la procedencia del recurso de amparo para tales casos, se dice que, precisamente por ello, es que los derechos fundamentales vinculan en las relaciones entre particulares. Sobre ello puede verse: DE VEGA, Pedro, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, VV. AA., *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM-III, México 1992, pp. 409-427; *Íd.*, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, AA. VV., *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, 2002, pp. 678-707.

⁸²⁶ ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.,

⁸²⁷ Sobre este punto: BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pág. 278 y ss. donde destaca como férreo crítico y negador de la *Drittwirkung der Grundrechte* a E. Forsthoff, a quien considera ‘un autor paleoliberal de filiación más bien conservadora’. Recuérdese, en efecto que este autor va en contra de una configuración de los derechos fundamentales como valores que “des-configurara” su carácter de derechos defensivos contra el Estado.

⁸²⁸ La expresión es de: STARCK, Christian, “Derechos fundamentales y derecho privado” trad. de M. J. Roca, *REDC*, núm. 66, 2002, pp. 65-89, aquí pág. 67.

introducir en las normas de Derecho privado el contenido de los derechos fundamentales. Así, se afirma que los derechos obligan a los particulares sólo indirectamente, como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y, en esa medida, vinculan al legislador y al juez: no son los actos de los sujetos privados, sino las normas de Derecho privado las que están directamente vinculadas a los derechos fundamentales. Por lo tanto, los derechos fundamentales sólo obligan de forma inmediata a los actos de los poderes públicos y en ningún caso a los particulares⁸²⁹. El principal defensor de esta teoría es G. Dürig⁸³⁰.

En esta construcción –que ha imperado en Alemania después del fallo *Liith*– se observa que los derechos fundamentales no pueden tener el mismo impacto en las relaciones ciudadano/ciudadano, pues se trata aquí de relaciones entre titulares de derechos fundamentales a los que, de entrada, se les reconoce su capacidad de autodeterminación. Por ello, y a pesar de la influencia del derecho fundamental, las normas de derecho privado deberían seguir siendo normas de derecho privado así como los derechos y deberes por ellas fundamentados. Es por esta razón que se precisaría la mediación, ya sea del juez o del legislador, para hacerlos efectivos en el tráfico privado. A ellos es a quienes los derechos fundamentales obligan de forma inmediata, quienes tienen a su cargo, mediante su dimensión objetiva, el deber de protección de los mismos; no obligando directamente, en ninguna circunstancia, a los actos de los particulares. Como puede apreciarse, la disputa en torno a la afectación

⁸²⁹ VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado.*, cit., aquí pág. 114.

⁸³⁰ DÜRIG, Günter, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, en: *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, Beck, 1956. Para este autor, la garantía de la dignidad humana contenida en la Ley fundamental de Bonn, no se limita a establecer una obligación negativa a cargo del Estado, sino que –según Dürig– impone un deber de protección y de tutela frente a cualquier injerencia que la lesione, sin importar su origen. En la medida en que la Constitución contempla los derechos fundamentales como realización más eficaz de esa protección de los valores en el ámbito del Derecho positivo, de ello se deriva que los valores protegidos frente al Estado a través de los derechos fundamentales también deben ser protegidos cuando son vulnerados por sujetos privados o colectivos sociales. Esta protección, sin embargo, no pasa por la aplicación directa de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico-privado, pues ello limitaría excesivamente el principio de autonomía de la voluntad, garantizada por la Constitución. Según Dürig, las obligaciones que recaen sobre el Estado en relación a los derechos fundamentales no se pueden trasladar sin más a los particulares que, como sujetos jurídico- privados tienen la facultad de «decidir libremente si y cómo van a hacer uso de la libertad y de la igualdad, sin tener en cuenta cuáles son las obligaciones y las prohibiciones que en este ámbito le impone el Estado». Por ello, la proyección horizontal de los derechos debe realizarse a través de la mediación del legislador y, en su defecto, del juez. Véanse: VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado*, op. cit., pág. 116.; ESTRADA, Alexei Julio, *Los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., aquí pág. 109; y, CRUZ, Luis Manuel, *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005, pág. 21 y ss.

del concepto «clásico» de autonomía de la voluntad está en el centro de la polémica sobre la *Drittwirkung*⁸³¹.

En este sentido se entienden las acotaciones que, teniendo presente la construcción de Dürig, se formulan sobre la eficacia mediata: la exigencia de mediación del legislador y del juez permite a los defensores de esta teoría preservar la libertad de las partes; pues se cree que ésta formulación parece la única compatible con el principio de autonomía de la voluntad. De ahí que esta teoría tendría muy en cuenta la especificidad del sujeto jurídico-privado por lo que propone una articulación satisfactoria de los derechos con aquél principio. La articulación de la doctrina de la eficacia mediata, al no reconocer la violación por un particular, precisa imputar dicha violación a un poder público, generalmente a la decisión del juez que conoce del conflicto. Se trata de la tesis de la «asunción» o «imputación judicial» de la vulneración, utilizada por primera vez en el fallo Lüth, y que sigue utilizándose hasta nuestros días. Conforme a la misma la violación se le imputa a un órgano público por no apreciar ‘en su justa medida’ la fuerza irradiadora de los derechos en el tráfico privado. Se sostiene que la lesión la ocasiona el juez cuando al aplicar el Derecho ordinario para decidir un conflicto entre particulares desconoce el contenido normativo de los derechos fundamentales lesionando con ello, con su sentencia, el derecho a cuyo respeto tiene derecho el ciudadano⁸³².

La doctrina de la eficacia inmediata, por su parte, afirma la vinculación a los derechos fundamentales –con matices y de forma diferenciada– corresponde también a los particulares. Se postula que las relaciones privadas están sujetas de forma automática a las disposiciones que contienen derechos afirmándose «la virtualidad directa, sin mediaciones concretizadoras, de los derechos fundamentales en tanto *derechos subjetivos reforzados* por la garantía constitucional, frente a las violaciones provenientes de los particulares»⁸³³. La tesis fue formulada por H. C. Nipperdey a la

⁸³¹ No obstante, como ha puesto de manifiesto M. Venegas Grau, en su importante monografía sobre el tema, dicha concepción parece más artificiosa y puede desmentirse ya desde su origen mediante un análisis histórico riguroso; pero sobre todo, a la luz de su configuración actual. Véase: VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado*, cit. aquí pág. 33 y ss.

⁸³² Citado en: JULIO ESTRADA, Alexey. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, pág. 175, nota al pie 17.

⁸³³ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., pág. 325. En sentido similar: NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, (*Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, CEPC, 2000, pág. 215)

luz del precepto que establece la igualdad salarial entre hombres y mujeres. Según Nipperdey, determinados derechos fundamentales rigen de manera directa en el tráfico jurídico privado, sin necesidad de algún intermediario. El autor tuvo muy claro desde la formulación de su teoría algunas de las posibles objeciones a las que debía hacer frente.

Así, distingue entre aquéllos derechos fundamentales que pueden tener vigencia en las relaciones entre particulares, de aquéllos que por su propia estructura puedan vincular únicamente al Estado⁸³⁴. Por lo tanto, no pretende una validez absoluta e indiferenciada de todos los derechos en las relaciones entre particulares. Esto es muy importante, puesto que a menudo se crítica a los defensores de la *Drittwirkung* directa postular un efecto absoluto. Nada más lejano a la realidad. Ya desde el comienzo los partidarios de esta postura tenían en claro que ello era imposible: dada la propia diversidad de derechos fundamentales, habrá algunos que estén dirigidos exclusivamente a vincular al poder público en sus relaciones con los particulares, habrá otros que, efectivamente, puedan tener incidencia en también en las relaciones individuo/individuo⁸³⁵. Por ello podría decirse que, en definitiva, no se ha postulado una eficacia indiferenciada de todos los derechos fundamentales en el ámbito privado; es decir, no se ha postulado un efecto entre particulares *de los* derechos, sino una *Drittwirkung de* derechos fundamentales allá donde así lo admitan.

Observa además, que según ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el fallo Lüth, los derechos presentan una vertiente objetiva, que en su carácter objetivo de principio informan a todo el ordenamiento jurídico, modelando de esta forma la relaciones de los individuos en sociedad, por lo que el efecto frente a terceros «aparece como la consecuencia lógica de las transformaciones que implica el concepto de Estado social, en especial la primacía del interés general sobre las motivaciones particulares y la realización efectiva del mandato de igualdad». Según

considera que “las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares”.

⁸³⁴ VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado*, cit. aquí pág. 184 y ss.

⁸³⁵ Nipperdey formula las siguientes precisiones que fortalecen su postura: en primer lugar es necesario verificar “si tan siquiera cabe contemplar el derecho fundamental en el ámbito jurídico privado”, si es así, se pasa a continuación a apreciar debidamente la “finalidad protectora y el orden que contiene” la norma en cuestión; y de acuerdo con el ámbito de protección que requiera dicha finalidad se determina a su vez la extensión de protección entre los particulares. [cit. por JULIO ESTRADA, Alexey, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, op. cit., 97.]

Nipperdey, una vez reconocido que el que los el sistema de derechos y valores contenido en la Ley Fundamental debe regir para todos los ámbitos del derecho, resulta contradictorio que posteriormente se afirme que dicha influencia se ejerce por medio del *ius cogens* y de las cláusulas generales del Código Civil alemán. Dicho reconocimiento supone «reconocer el efecto normativo directo de los derechos fundamentales sobre el derecho privado».

Adviértase, en cualquier caso, que el efecto frente a terceros está conectado a la rematerialización del Derecho que, no olvidemos, no sólo hace referencia al contenido material en sentido valorativo sino también, y sobre todo, a la de un «Derecho con contenidos sociales» y de un Estado social que no deja a los individuos «librados a su suerte». La *Drittwirkung* es un correctivo para alcanzar o restablecer el equilibrio en las relaciones sociales. Éste es quizá su significado más importante: se trata de otra herramienta en el intento de articular un «constitucionalismo de la igualdad» que, no obstante, preserve la libertad⁸³⁶. En España esta es la posición que prevalece: se predica la eficacia directa porque se entiende que es compatible con la autonomía privada y su actual configuración. Puede decirse que ello es así porque, básicamente, la autonomía privada no se considera más como un dogma sino «simplemente un principio iusfundamental más, que *no goza de una primacía en abstracto*. En caso de colisión con otros bienes protegidos deberán aplicarse las reglas previstas para este tipo de contingencias»⁸³⁷. Es decir, deberá hacerse una ponderación.

Ahora bien, si nos preguntásemos sobre la concepción particular de los derechos fundamentales para la ideología constitucionalista tendríamos que decir lo siguiente. Desde este punto de vista los derechos son elementos estructuradores del ordenamiento jurídico, por lo que se impregnan de un fuerte contenido objetivo. Además de preservar el núcleo de su dimensión subjetiva, un modelo desde las premisas expuestas se caracterizaría por atender los ámbitos sociales que se pretenden regular y por considerar que las normas jurídicas no sólo restringen, sino que también

⁸³⁶ DE VEGA, Pedro, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, cit., aquí pág.

⁸³⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pág. 522. A una similar conclusión llega M. Venegas Grau, cuando sostiene que la *Drittwirkung* directa puede llevarse a cabo a través de una ponderación de los bienes en conflicto que, al incorporar el criterio de libertad real y de la dignidad como factores determinantes para resolver el litigio, se pone en servicio al principio de la autonomía. Cabe concluir, por tanto, que autonomía y voluntad no se *Drittwirkung* directa, no se oponen ni se excluyen, sino que para lograr la primera es necesario postular la segunda.

extienden el radio de acción de los seres humanos. Como dice Habermas, en este paradigma se experimenta un cambio del Derecho formal burgués al Derecho materializado del Estado social. Y lo que es más importante, que dicha reinterpretación no debe confundirse con una revisión de los conceptos y principios básicos mismos, los cuales no hacen sino más que *experimentar una interpretación distinta*⁸³⁸. La libertad aquí se entiende «institucionalizada» por medio del Derecho, abriéndose un campo de actuación más generoso para los poderes públicos en la medida en que los derechos necesitan ser configurados o desarrollados para su ejercicio. La clave está en considerar que en ellos converge el interés privado y el público: su garantía y ejercicio se caracteriza por la unión de ambos tipos de interés.

Este es el precisamente el giro que va a observarse en la forma de comprender los derechos que va desde las libertades negativas garantizadoras de la libertad y de la legalidad, a unos «principios sustentadores del Orden jurídico que, de una forma no del todo clara, conservan su contenido de derechos-subjetivos dentro del contenido objetivo de normas constitucionales que todo lo impregnan»⁸³⁹. Lo que es de destacarse, en todo caso, es que de esta caracterización «objetiva» derivaron el efecto de irradiación; la *Drittwirkung der Grundrechte* –en su efecto mediato–, los deberes de protección y provisión a cargo del Estado. Ese giro permitió, también, asociar las categorías del derecho constitucional con las del Estado social, sus prestaciones y funciones redistributivas⁸⁴⁰. Al asociarlas no se pretende negar los valores del Estado liberal. Por el contrario, se pretende hacerlos efectivos dándoles una base material, partiendo del supuesto según el cual «individuo y sociedad no son categorías aisladas o contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca»⁸⁴¹.

Se añade así una significación positiva que impone al Estado un deber de protección para que la persona esté en condiciones de ejercer sus derechos. Esto aparta a dichos planteamientos de la lógica de un individuo abstracto o aislado y

⁸³⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., aquí pág. 153 (cursivas mías).

⁸³⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., aquí pág. 321 (cursivas mías).

⁸⁴⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., pág. 320. En sentido similar, Böckenförde, E.-W., “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de la Ley Fundamental”, cit., pág. 110; y, Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, cit., pág. 252.

⁸⁴¹ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 3ª ed., 1982, pág. 25.

coloca a otro «situado», con necesidades específicas⁸⁴². Esto es relevante pues la satisfacción de necesidades básicas -por medio de derechos o prestaciones sociales- son vistas a menudo como precondition para que los ciudadanos puedan concurrir en pie de igualdad al proceso político⁸⁴³. Nuevamente podría traerse aquí el ejemplo de K. Hesse, cuando señala que sólo mediante una «actualización de la libertad» puede hacerse realidad la autodeterminación de los individuos y su participación responsable en la vida política y social. Para Hesse la libertad del individuo plasmada en el modelo de derechos fundamentales es más factible en una comunidad libre, la que, a su vez, presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos asuntos propios. Es decir, individuos autónomos que colaboran activa y responsablemente en una sociedad públicamente constituida⁸⁴⁴.

Podríamos preguntarnos cómo se aprecian los límites de la libertad de expresión una óptica que sea susceptible a este tipo de desarrollos valorativos. Pues bien, puede entenderse que la libertad de expresión desde las premisas aludidas estaría inserta, siguiendo nuevamente a C. Sunstein, en un «*System of Democratic Deliberation*». Su nota radica en entender que la libertad no sólo sirve al interés individual sino que también estaría al servicio del interés público, en la medida en que dicha libertad es de capital importancia para el buen funcionamiento de un sistema democrático⁸⁴⁵. Aquí, la libertad no se considera como algo «natural»; ni el poder político aparece como enemigo de la libertad de expresión. Ello es importante, al menos, por dos cuestiones: por un lado, porque la regulación normativa en el ámbito del derecho fundamental no se presenta como intervención⁸⁴⁶. Por el otro, porque, en el momento de establecer sus límites, el principio de neutralidad se hace de lado y se toma en

⁸⁴² Véase, por ejemplo, DENNINGER, Erhard, “La reforma constitucional en Alemania: entre la ética y la seguridad jurídica”, trad. de A. E. Pérez Luño, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, (1994), pp. 69-78, esp. pág. 75 y ss.

⁸⁴³ La referencia a necesidades aquí se está vinculada no propiamente a las posiciones de los derechos morales sino a las situadas dentro del paradigma material del Estado social. Como explica Barranco: “la diferencia fundamental está en que para las primeras la idea de necesidades se relaciona con una determinada concepción de la dignidad que es racional y abstracta y sirven para concretar cada momento el catálogo de derechos; para los autores del segundo grupo la referencia a las necesidades sirve para criticar el individualismo abstracto y para los terceros, la idea de las necesidades se conecta con la solidaridad y sirve más directamente para la justificación de deberes correlativos. Véase: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, cit., pág. 389.

⁸⁴⁴ Cf. HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, cit., pp. 90-91.

⁸⁴⁵ Cf. SUNSTEIN, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, op. cit., pág. 21.

⁸⁴⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” cit. pág. 54

consideración el contenido del discurso que merece ser objeto de protección. Las expresiones que se refieren a la política y muestran una concepción democrática están particularmente valoradas, sobre todo si contribuyen a crear opinión pública⁸⁴⁷.

Llegados a este punto se advierten los elementos desglosados. Nótese, en primer lugar, que la participación juega un papel de primer orden y que los derechos no sólo se tienen al servicio del interés privado. La libertad deja de considerarse sólo «formal», facilitando la aparición de derechos positivos o de prestación en la línea de la teoría de los derechos en el Estado social. El contenido objetivo que adquieren los derechos puede verse de forma clara en la libertad de expresión: al ser presupuesto básico para el establecimiento o mantenimiento de una democracia deliberativa, su virtualidad trascenderá lo estrictamente individual. De ahí que se diga que tiene un «carácter preferente»: bien porque se considera que está en la base funcional de la democracia o bien porque resulta indispensable para la protección y ejercicio de otros derechos⁸⁴⁸. Esto no sólo implica dejar de lado el presupuesto de neutralidad, sino que, además, haría patente cierto compromiso con la idea de libertad positiva.

⁸⁴⁷ En este sentido: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVIII, 2001, pp. 205-226, esp. pp. 212 y ss.

⁸⁴⁸ Cf. Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, prólogo de F. Rubio Llorente, Madrid, C.E.C., 1984, pp. 280 y ss.

CAPÍTULO CUARTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NORMAS

1. LEGALISMO: REGLAS

Para comenzar a reconstruir la concepción de las normas que precisan tanto el legalismo como el constitucionalismo, considero oportunas algunas ideas preliminares que nos ayuden a delinear alguna noción de partida sobre la cual discutir, siempre teniendo en cuenta el esquema de trabajo planteado. Una primerísima caracterización sobre las normas nos puede ayudar para advertir tal complejidad: cuando pensamos en normas, generalmente, se piensa en prescripciones cuya finalidad es influir en la conducta humana. Pensamos en directivas con clara dimensión autoritativa, que están respaldadas o que regulan el ejercicio del poder en un sentido amplio. Sin embargo, pretender cifrar el discurso en este punto, esto es, en el puramente prescriptivo, totalmente ajeno a otros discursos –v. gr. descriptivo o valorativo–, puede resultar reduccionista. El problema es que no existe *el* concepto de norma. La locución, por el contrario, se utiliza de forma dispar en el Derecho, en la moral o en otras ciencias, lo que invita a tomar no pocas precauciones. Así, comenzaré dando un marco muy simple que nos ayude a comprender algunos extremos de la noción de norma en el ámbito de lo jurídico.

1.1 PRELIMINARES: NORMAS Y LENGUAJE

Hay una relación entre las normas y el lenguaje en el que se expresan. Aunque generalmente constan por medio de lenguaje escrito, nada obsta para que puedan expresarse por medio de otros símbolos o señales⁸⁴⁹. Algunos autores distinguen la

⁸⁴⁹ El ejemplo más recurrente es el del semáforo que por medio de señales luminosas –o, incluso, sonoras–, regula (*norma*) determinadas acciones. Por otro lado la relación entre Derecho y lenguaje es compleja y está ampliamente documentada en la literatura. Véanse, a modo de ejemplo: CARRIO, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994; MORESO, José Juan, “Lenguaje jurídico”, en: E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2000, pp.105-116; ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Keagan Paul, London, 1969 [trad. cast. de de J. Hierro, *Lógica de normas*, Madrid, Tecnos, 1971, por donde se cita, aquí pág. 1 y ss].

formulación o proposición normativa de la norma en sí: esta última sería la consecuencia de asignar significado a la primera. De esta forma un mismo enunciado normativo podría, de cambiar las circunstancias, originar normas distintas. En cambio, una misma norma podría expresarse por medio de enunciados distintos. Los teóricos suelen diferenciar los enunciados normativos de las normas y de los distintos usos de éstas. Mientras que de los primeros podría predicarse su verdad o falsedad en relación a un determinado Ordenamiento, esto no sería posible en relación con las normas. Y no lo sería porque las normas tienen como finalidad influir en la conducta de los individuos. Buscan incidir en la realidad más que predicar algo de ella. Sin embargo, las oraciones del lenguaje en que se contienen son ambiguas y pueden interpretarse de ambas formas⁸⁵⁰. También suelen concebirse dentro de un conjunto o grupo. Por ello tiene sentido hablar de que hay algún tipo de relación entre ellas (v gr. supremacía o jerarquía), que poseen –o se les adscribe– algún tipo de orden. De ahí que para hablar, por ejemplo, de ‘norma de derecho fundamental’ –como norma de rango superior– tenga sentido en la medida en que se parta de una noción jerárquica del Ordenamiento.

Sea como fuere, el aspecto que destaca del discurso normativo es su elemento prescriptivo: las normas se refieren, aunque no siempre, a lo que debe, puede o no puede hacerse. Sin embargo, no puede reducirse a él. Ni siquiera el que solemos llamar «discurso jurídico». Incluso éste es más amplio y tiene dificultades para encasillarse en tal elemento. En él encontramos no sólo prescripciones sino también «definiciones», «normas derogatorias», «normas cualificadoras», «normas técnicas»; o incluso «valores», por lo que no todas tienen aquel carácter. Con todo, parece que cualquier sistema jurídico que se precie de ser tal requiere contener alguna «regla

⁸⁵⁰ La vinculación del lenguaje jurídico y las normas plantea la cuestión de si es posible hacerse con un criterio de verdad –asequible, al parecer, en el nivel de los enunciados, pero no en el de las normas–. Dicho problema forma parte de una empresa cuyo objetivo es desarrollar una ‘genuina’ lógica deontica. Como se sabe, ello dio lugar dos concepciones: la concepción hilética (la norma es el significado de una oración normativa) y la expresiva (las normas serían el resultado del uso prescriptivo del lenguaje). Véanse: BULYGIN, Eugenio y ALCHOURRON, Carlos, “The Expressive Conception of Norms” en: R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, Reidel, 1981, pp. 95-124 [hay trad. cast. de los propios autores: “La concepción expresiva de las normas” *Íd.*, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, pp. 121-153]. Una explicación más asequible en: BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 5 y ss.

regulativa» que le dote de identidad⁸⁵¹. Lo que quiero decir con todo ello, en cualquier caso, es que se dificulta reconducir lo que llamamos Derecho exclusivamente en términos de “reglas regulativas”, se entiendan como “mandatos” o “amenazas respaldadas por sanciones”; ni mucho menos reconducirse a meras regularidades de comportamiento. Ello es relevante, considero, al menos por dos motivos: por un lado, porque desprovee de supuesto a aquellas teorías que intentan la reducción y, por el otro, porque pone de manifiesto la fragilidad del discurso jurídico, sus límites. Todas estas cuestiones, evidentemente, son disputadas y no cabe aquí siquiera un análisis somero de sus implicaciones.

En lo que sigue me voy a centrar en las reglas como especie del género norma. Se trata de la concepción que de las normas propugna el legalismo en tanto un componente imprescindible del ideal del imperio de la ley. Como recuerda J. Shklar el legalismo puede entenderse como «una actitud ética que sostiene que la conducta (moral) es asunto de seguimiento de reglas, que las relaciones (morales) consisten en deberes y derechos determinados por reglas»⁸⁵². Esto podría parecer una trivialidad: difícilmente puede ponerse en duda que el Derecho tenga que ver con reglas, lo que no quiere decir que sea *sólo* asunto de reglas. El problema no es constatar lo anterior sino indagar cómo se caracterizan, qué significa que una regla existe y si éstas se aplican (o pueden aplicarse) realmente⁸⁵³. Como no podía ser de otra forma, el asunto ha sido fuente constante de polémica no solo entre juristas sino también entre lógicos y filósofos.

⁸⁵¹ Señala J. C. Bayón que uno de los argumentos a favor de la posición central de las reglas regulativas en los sistemas jurídicos es precisamente: “que así como son perfectamente concebibles sistemas normativos de los que no formen parte reglas de cualquiera de los demás tipos [‘técnicas’, ‘cualificatorias’, ‘permisivas’, etc.], resultaría francamente difícil de entender la idea de un sistema normativo que no incluyera ninguna regla regulativa (lo que explica –según dice creer– por qué no nos parece adecuado hablar de ‘sistemas normativos’ en sentido estricto para referirnos a la lógica o al lenguaje, ámbitos en los que resulta del todo natural hablar de ‘reglas’, pero en los que difícilmente tiene cabida la idea de una genuina regla regulativa.) Véase: BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991, aquí pág. 247.

⁸⁵² SHKLAR, Judith, *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1964, aquí pág. 1 [trad. cast. de J. Orriés y Obars, *Legalismo*, Buenos Aires, Omeba, 1968]; Véase también: BOBBIO, Norberto, “Formalismo” en *Íd.*, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, aquí pág. 16

⁸⁵³ Cf. HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 [trad. cast. de G. Carrió, *El concepto de Derecho* (1963), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, por donde se cita, aquí pág. 10]

El problema de la existencia de las normas remite a uno de tipo ontológico. A saber: si se trata de entidades concretas o abstractas⁸⁵⁴. Ambas posiciones consideradas individualmente, además de incompatibles, no alcanzan a cubrir el espectro que los operadores jurídicos y teóricos tienen en mente cuando afirman que una norma «existe»⁸⁵⁵. Al comprometerse teóricamente por la vía concreta o bien por la vía abstracta –en estricto sentido– se dejan de lado forzosa o necesariamente algunas normas. En sus términos más simples: en el primero de los casos se dejaría fuera las normas de creación no-deliberada y, en el segundo, las normas de creación deliberada. Ello implicaría renunciar a que pueden darse algunas relaciones lógicas entre normas o, en el otro supuesto, negar la posibilidad de que ellas existan en un momento y un lugar determinado y que, llegado el caso, dejen de existir (sean derogadas). Si lo anterior es así, si no resulta posible admitir ambas posibilidades so pena de cometer un error categorial lo que parece imponerse, por tanto, es tomar algunas reservas y postular una suerte de «principio de tolerancia ontológica»⁸⁵⁶ que relativice y debilite esa dicotomía.

Por eso, más allá de lo anterior, me interesa, de momento, la primera y la tercera cuestión. Para comenzar hay que recordar nuevamente la variedad de nociones que se utilizan como sinónimos parciales del término norma: reglas constitutivas (reglas del juego); prescripciones o regulaciones; costumbres; reglas técnicas o directrices; reglas o principios morales; y reglas ideales⁸⁵⁷. Para G. H. Von Wright, por ejemplo, las normas jurídicas se identificarían con la especie particular de las

⁸⁵⁴ Véase: CARACCILO, Ricardo, “Esistenza di norme e di sistemi normativi” en: P. Comanducci y R. Guastini (eds.) *Struttura e Dinamica dei Sistemi Giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996 [trad. cast. “Existencia de normas” *Íd. El Derecho desde la Filosofía. Ensayos*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 183-203]

⁸⁵⁵ Sobre los distintos sentidos de existencia de normas, véase, nuevamente: BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, cit.

⁸⁵⁶ Tal y como propone: VILAJOSANA, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 33 y ss. Me parece ilustrativa, a este respecto, la polémica entre los profesores Rafael HERNÁNDEZ MARÍN (“Las concepción estándar y la concepción realista del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XII, 1995, pp. 347-361; “Réplica a ‘los presupuestos ontológicos del Derecho’ de Daniel González Lagier” *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 397-410) y Daniel GONZÁLEZ LAGIER (“Los presupuestos ontológicos del Derecho. (A propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la concepción estándar del Derecho)”, *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 369-395; y “De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (Respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín)”, *Doxa*, núm. 21, vol. I, 1998, pp. 411-418). El debate, básicamente, se centra en que para la ‘concepción realista’ del profesor Hernández Marín no hay más derecho que el derecho positivo y que éste es un hecho, ‘un objeto físico’. La carga ontológica es evidente y de ello deriva la discusión.

⁸⁵⁷ Véase: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Acción y norma en H. Von Wright*, Madrid, CEC, 1995, cap.

llamadas prescripciones o regulaciones: se trata de «normas (órdenes, permisos, prohibiciones) dictadas por alguien en su posición de autoridad, en uso de competencias y que se dirigen a otro sujeto en calidad de destinatario»⁸⁵⁸. Entre los elementos que ofrece esta definición destaca el elemento imperativo que, teniendo como base la noción de autoridad, remite a la noción de normas como mandatos. Tal noción tiene un claro desarrollo en la *Analytical Jurisprudence* que, en ocasiones, suele remontarse hasta T. Hobbes pasando por J. Bentham, J. Austin para llegar a H. L. A. Hart⁸⁵⁹. Como se sabe, fue este último quien, tras criticar y, sobre todo, aplicar herramientas de análisis indisponibles a aquellos, ofrece su expresión más depurada.

1.2 SOBRE LA TEORÍA IMPERATIVA DE LAS NORMAS

Tal vez la forma más sencilla de abordar el presente apartado consista en preguntarnos: ¿por qué la teoría imperativa de las normas es la que parece más próxima a nuestra noción intuitiva de regla? Pues bien, para responder a esta cuestión conviene tener presente que las primeras formulaciones de la misma suelen remontarse a T. Hobbes. En efecto, en su obra encontramos ya perfilada idea de «mandato». Dicho autor, por lo demás, puede considerarse entre los «padres del positivismo jurídico» en una de sus primeras y más radicales formulaciones. Esto es, cuando se entiende como la doctrina jurídica según la cual el Derecho es el mandato de una autoridad soberana al que se debe obediencia incondicional⁸⁶⁰. Pero también

⁸⁵⁸ Cf. WON WRIGTH, George. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Keagan Paul, London, 1963, [trad. cast. de P. García Ferrero, *Acción y norma. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, por donde se cita, aquí pág. 21 y ss.]

⁸⁵⁹ Véanse, por ejemplo: CATTANEO, Mario A., *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, Giuffrè, 1962; DE PÁRAMO, Juan Ramón, *H. L. A., Hart y la teoría analítica del Derecho*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, Madrid, CEC, pp. 105 y ss.

⁸⁶⁰ Ejemplo prototípico del llamado 'positivismo ideológico'. Véanse: BOBBIO, Norberto, "Positivismo jurídico", *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1992, aquí pág. 53; PRIETO, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, aquí pág. 15 (aunque Prieto señala que habría que preguntarse si Hobbes merece el calificativo de positivista). Puede decirse que esta es la lectura estándar. Para una lectura en sentido contrario: véase: MURPHY, Mark C., "Was Hobbes a Legal Positivist?", *Ethics*, núm. 105, pp. 846-873 [ahora también en: C. Finkelstein (comp.), *Hobbes on Law*, Philosophers and Law Series, Ashgate, UK, 2005, pp. 35-62, por donde se cita.] La cercanía de Hobbes con las doctrinas de Derecho natural se basaría, por ejemplo, en la distinción que hace entre los grupos de mandatos que los sujetos están obligados a obedecer y el grupo de mandatos que, por el contrario, no lo están (*Leviathan*, cap. 21). En el segundo grupo estarían aquellos mandatos que ordenaran "no resistirse a un asalto", "abstenerse de utilizar comida, aire, medicina o cualquier otra cosa sin la cual uno no puede sobrevivir", entre otros. Así, para Murphy, dentro del primer grupo de mandatos no hay

por negar que la validez jurídica se supedita a criterios tales como la «justicia», la «moralidad» o la «racionalidad»⁸⁶¹. Como se recuerda a menudo, ello suele resumirse con una frase atribuida a Hobbes, y según la cual «*auctoritas, non veritas facit legem*». Su visión del Derecho, por tanto, desafía a las teorías dominantes en su época; sobre todo, a la representada por Sir Edward Coke para quien valía la máxima contraria «*veritas, non auctoritas facem legem*»⁸⁶².

Ahora bien, tal apuesta la encontramos en la definición que Hobbes hace del Derecho en su *Leviathan*, de lo jurídico propiamente dicho, del *Civil Law*. Ahí podemos leer que la ley civil: «es para cada súbdito, aquella serie de reglas (*regula*) que el Estado le ha mandado (*imperat*) de palabra, o por escrito, o con otros signos suficientes de voluntad, para que las utilice a la hora de distinguir lo que está bien de lo que no está bien (*ad distinctionem boni et mali*)»⁸⁶³. De esta definición puede destacarse que:

posibilidad de conflicto entre la ley civil y la ley natural, ya que las órdenes emitidas por el soberano que el sujeto no está obligado a obedecer no son, estrictamente hablando, derecho civil en absoluto; dentro de este último grupo, no hay posibilidad de conflicto entre la ley civil y la ley natural, porque estas leyes civiles vigentes afectan a una transformación de lo que es requerido por las leyes de la naturaleza, lo cual haría que los conflictos entre el derecho civil y el derecho natural fueran ilusorios. (aquí pp. 38-39)

⁸⁶¹ Véase: GOLDSMITH, Maurice M., “Hobbes on Law”, en: T. Sorell, *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge, CUP, 1996. [ahora en: C. Finkelstein (comp)., *Hobbes on Law*, pp. 3-34, por donde se cita, aquí pág. 4]; Murphy, Mark C., “Was Hobbes a Legal Positivist?”, cit., aquí pp. 36-37, donde sostiene que, de forma similar al positivismo contemporáneo, en Hobbes lo que determinaría qué cuenta como “jurídicamente válido” es una cuestión de pedigree y que, de la misma manera, hay una separación entre Derecho y moral en el sentido de que la validez jurídica no depende de su contenido moral.

⁸⁶² Véase, por ejemplo: FOISNEU, Luc, “Hobbes y la autoridad de la ley”, trad. de A. Pelé y G. Saravia, *Derechos y libertades*, núm. 17, 2007, pp. 57-70. Como explica acertadamente L. Ferrajoli, el iusnaturalismo, puede entenderse, en efecto, como la teoría de la época pre-moderna. Según el profesor italiano: “con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El estado de derecho moderno nace, con la forma del *estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa”. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 17, 2001, pp. 31-46, aquí pág. 32.

⁸⁶³ En la versión inglesa del *Leviatán*: “*is to every Subject, those Rules, which the Common-wealth had Commanded him, by Word, Writing, or other sufficient Sign of the Will, to make use of, for the Distinction of Right, and Wrong; that is to say, of what is contrary and that is not contrary the rule*” (HOBBS, Thomas, *Leviathan*, ed. by C. B. Macpherson, Baltimore, Penguin Books, 1968, chap. 26, aquí, pág. 312). Véase también: GOLDSMITH, Maurice M., “Hobbes on Law”, cit., aquí pág. 3, donde nos recuerda que una definición similar en su “Dialogue between a Philosopher & a Student of The

- a) el *poder soberano*, siendo aquél que representa a la *Commonwealth*, recae en el legislador, desde el momento en que él tiene poder para hacer y deshacer normas o leyes;
- b) el soberano no puede estar constreñido, *no puede ser limitado* por ninguna norma o ley;
- c) la costumbre deviene Derecho únicamente por el tácito consentimiento del soberano;
- d) nadie más allá del soberano tiene poder legislativo –v. gr. la doctrina no es fuente del Derecho–;
- e) el Derecho tiene que promulgarse –debe ser «puesto»–;
- f) debe ser «prospectivo»; y
- g) en caso de que existan dudas sobre un caso particular, la clave de la interpretación jurídica debe buscarse en la intención del legislador⁸⁶⁴.

Así, parece claro que la idea de soberanía entendida su sentido clásico o romántico –como poder no sujeto a restricciones o ilimitado– es un elemento central⁸⁶⁵. Para Hobbes el Derecho es producto de un poder legislativo, y lo es precisamente porque la soberanía es la fuente de todo Derecho. En su esquema, por tanto, no ha lugar para la división de poderes; sino que, más bien, el legislador, en tanto soberano, es también el juez supremo. Volviendo al aspecto que nos interesa, esto es, respecto a su concepción de las normas, para Hobbes, las leyes del soberano eran mandatos que dimanaban directamente de su voluntad⁸⁶⁶. Por ello el Derecho

Common Laws of England” (1839): “*Law is the command of the person or persons having sovereign power, to the subjects, declaring Publickly, and plainly what every of them may do and what they must forbear to do*”.

⁸⁶⁴ Véase: STONER, James R., *Common Law & Liberal Theory. Coke, Hobbes & the Origins of American Constitutionalism*, Kansas, University Press of Kansas, 1992, pp. 74 y ss.; también: GOLDSMITH, Maurice M, “Hobbes on Law”, cit., pp. 12-13.

⁸⁶⁵ Cf. GOLDSMITH, Maurice M, “Hobbes on Law”, cit., pp. 6 y ss. Sin embargo, según este autor, y a pesar del intento de Hobbes por construir una teoría absolutista: “va a concebir el Estado como una suerte de *Rechtstaat* que opera, más bien, bajo el imperio de la ley que del despotismo. La versión de legalidad Hobbes, nos dice, se desprende de su exposición de lo que se sigue de la definición de la ley y de algunas cosas que dijo sobre su administración”. (aquí pág. 12)

⁸⁶⁶ De ahí que se afirme que con él nace la concepción imperativa y voluntarista del Derecho en el ámbito anglosajón. Pero no sólo esto. En Hobbes, si bien encontramos el germen del positivismo jurídico anglosajón, también las primeras notas de lo que se denomina como el «individualismo posesivo». A este respecto véanse: Véase: BOBBIO, Norberto, “Ancora sul positivismo giuridico” en: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1951 [trad. cast. de E. Garzón Valdés: “Otras consideraciones acerca del positivismo jurídico”, en: *Íd.*, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, 9ª reimp.,

puede entenderse como el mandato del que ostenta o de los que ostentan el poder soberano, dirigido a sus súbditos y exponiendo públicamente y con precisión lo que cada uno de ellos tiene que hacer y debe omitir⁸⁶⁷. En la interpretación que Hart hace de los mandatos en Hobbes, lo que el superior pretende con ellos es, precisamente, «que el receptor acepte su voluntad como guía de acción en lugar de la suya propia y, así por cualquier deliberación o razonamiento propio: la expresión de voluntad del superior de un acto que debe ser realizado pretende precluir o separar cualquier deliberación independiente sobre los méritos y contras de realizar el acto»⁸⁶⁸.

Por otra parte tenemos a J. Bentham, con quien se inaugura propiamente la teoría analítica del Derecho. Influido en varios extremos por Hobbes⁸⁶⁹, este autor concibió el Derecho como «un conjunto (sistemáticamente dispuesto) de mandatos respaldados por amenazas que pueden rastrearse directa o indirectamente a la fuente común de los actos legislativos de un soberano cuya soberanía reposa en el hábito de obediencia de la mayor parte de la comunidad»⁸⁷⁰. Un aspecto fundamental a tener en cuenta es que su obra no se entiende sino en un marco más amplio que atienda sus

2007, pp. 99-116, por donde se cita, aquí pág. 115]; WOLIN, Sheldon S. “Hobbes, la sociedad política como sistema de reglas”, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, trad. A. Bignami, Buenos Aires, Amorturru editores, págs. 284 y ss.

⁸⁶⁷ Como se había apuntado anteriormente, la idea de *Leviathan*, en tanto poder político común y soberano, supondría la cimentación de la filosofía política moderna. En efecto: “la propuesta de Hobbes fue establecer un poder común por encima de los poderes de los individuos; un poder que todos puedan reconocer como la suma autoridad y arbitro equitativo entre sus intereses en conflicto; un poder que todos se puedan sentir forzados a obedecer, porque lo pueden también reconocer como única condición de justicia y, por tanto, de una paz efectiva” Véase: CARRILLO CASTILLO, Lucy: “Hobbes y el concepto de Estado constitucional de Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 117, 2002, pp. 249-273, esp. pp. 267-268.

⁸⁶⁸ Para Hobbes un “mandato es cuando un hombre dice: haz esto o no hagas esto, sin esperar otra razón que la voluntad del que formula el mandato”. Véase: HART, H. L. A., “Commands and Authoritative Legal Reasons”, *Id.*, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, OUP, 1982 [hay traducción al castellano como: “Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad” trad. de J. L. Pérez Triviño, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 83-105, por donde se cita, aquí pág. 92]. Una afirmación similar en: GOLDSMITH, Maurice M, “Hobbes on Law”, cit., aquí pág. 20. “el primer requerimiento de la razón es que las reglas que guíen la acción humana sean formuladas y promulgadas. Ellas no deben dejarse de lado como principios vagos a los que enfrentarnos cuando surgen circunstancias particulares. La acción legislativa del soberano está constituida de razón”. Si bien, y esto es muy importante, la visión de Hobbes era precisamente que los mandatos eran siempre en beneficio de su destinatario (Cf. MURPHY, Mark C., “Was Hobbes a Legal Positivist?”, cit., aquí pág. 42); con lo cual, si entiendo bien habría una especie de paternalismo en su posición.

⁸⁶⁹ Las afinidades podrían cifrarse en que ambos: procuran un análisis sistemático –o “científico”– de la política y la sociedad; son individualistas, la motivación primaria de los individuos la encontramos es el propio interés; son positivistas jurídicos y articulan una teoría imperativista del Derecho, además de criticar el carácter arbitrario del *Common Law* inglés. Asimismo, en que su pensamiento, en general, tiene una fuerte impronta jurídica. (Véase: CRIMMINS, James E., “Bentham and Hobbes: An Issue of Influence”, *Journal of The History of Ideas*, núm. 2002, pp. 677-696, aquí 678)

⁸⁷⁰ Cf. POSTEMA, Gerald J., *Bentham and The Common Law Tradition*, Oxford, OUP, 1986, pág. 218.

facetas como filósofo, economista, jurista, redactor de códigos, moralista; en suma, como político reformista⁸⁷¹. Crítico implacable del *Common Law* y de las doctrinas del Derecho natural, las críticas más ácidas del joven Bentham se centran en la figura de Sir William Blackstone, autor de los *Commentaries on the Law of England* (1785) quien representaba aquella posición. Son muy conocidas sus polémicas tanto a las teorías del contrato social como a las declaraciones de derechos. Del primero por tratarse de una ficción, «una receta de soberana eficacia para reconciliar la necesidad accidental de la resistencia al deber general de sumisión»⁸⁷². De los «derechos naturales» por tratarse de una «contradicción en sus propios términos»; o por ser una especie de «sin sentidos sobre zancos» [*non sense upon stilts*]⁸⁷³.

Lo anterior tiene mucho que ver con sus proyectos e intereses. Como se sabe, en él encontramos uno de los programas positivistas más fructíferos. Bentham quería despojar de toda la carga cuasi-iusnaturalista o, si se prefiere, metafísica que rodeaba, en no pocos extremos, la práctica y el análisis del Derecho. Delimitar el ámbito de lo jurídico –lo que es y no es Derecho–, que es ‘santo y seña’ del positivismo, estaba ya claramente en su ideario de «desmitificarlo»⁸⁷⁴. Su distinción entre «expository» y

⁸⁷¹ Véanse: LIEBERMANN, David, “Jeremy Bentham: Biography and Intellectual Biography”, *History of Political Thought*, vol. XX, núm. 1, 1999, pp. ; SCHOFIELD, Philip, “Jeremy Bentham: Legislator of the Word” *Current Legal Problems*, núm. 51, 1998, pp. 115-147; MILL, John Stuart, “Remarks on Bentham Philosophy” (1833) [trad. cast. de J. J. Moreso, “Observaciones sobre la filosofía de Bentham”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 147-164, por donde se cita, esp. 149 y ss.] quien, precisamente, enfatiza que su labor se haya centrado en la legislación. De la misma forma, véanse: POSTEMA, Gerald J., *Bentham and The Common Law Tradition*, cit. En castellano, puede verse, por ejemplo: MORESO, José Juan, *La teoría del derecho de Bentham*, Barcelona, PPU, 1992, pp. 23-45; PENDAS GARCÍA, Benigno, *J. Bentham: política y derecho en los orígenes del Estado constitucional*, Madrid, C.E.C., 1988, pp. 13-79 (donde se hace una incursión sobre la vida y la circunstancia en las que se gestó la obra de este autor).

⁸⁷² BENTHAM, Jeremy, *A Fragment of Government* (1776) [trad. cast. y est. preliminar de E. Bocado, *Un fragmento sobre el Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2003, por donde se cita, aquí pág. 80].

⁸⁷³ Véase: BENTHAM, Jeremy, *Anarchical Fallacies: Being an Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution* (1843) [trad. cast. de G. Hernández y M. Vancells, (ed. De J. M. Colomer), *Bentham, Antología*, Barcelona, Península, 1991, por donde se cita, aquí pág. 117] Un pequeño párrafo de su análisis del artículo 2 de la *Declaración* es muy significativo. Dice Bentham: “no existe algo así como unos derechos naturales anteriores a la institución del gobierno, como tampoco derechos naturales en contradicción con los derechos legales; que es la expresión es meramente figurada; que cuando se pretenden ejercer esos derechos, en el momento en que se intenta darles un sentido literal, inducen al error, a esa clase de error que desemboca en el disparate, en el disparate extremo”. Señala D. Liebermman (“Jeremy Bentham: Biography and Intellectual Biography”, cit., aquí pág. 190) que el nombre original pensado para esta obra era uno más fuerte y expresivo: *Pestilential Nonsense Unmasked*.

⁸⁷⁴ Como se sabe, una de las pretensiones de Bentham fue “recorrer el velo de misterio de la ficción y la formalidad que se habían extendido ampliamente sobre el Derecho”. Véase: HART, H. L. A., “Bentham and the desmitification of Law”, *The Modern Law Review*, núm. 36, vol. 9, 1973, pp. 2-17,

«censorial jurisprudence»; entre la actividad de explicar el Derecho tal y como es respecto a censurarla; es decir, respecto a cómo desearíamos o nos gustaría que fuese, va en esta línea⁸⁷⁵. Con ello

«inauguró toda una época para el pensamiento moral y político basado en el principio de utilidad que es de gran interés para el jurista. A él debemos otra postura muy fértil y según la cual el Derecho, bueno o malo, es un artefacto de hechura humana, algo que los hombres crean y añaden al mundo mediante el ejercicio de su voluntad. El Derecho, para Bentham, no es algo *ya dado* en el mundo que el hombre descubre por medio del ejercicio de sus facultades de razonamiento»⁸⁷⁶.

Teniendo esto presente, Bentham va a definir de forma muy próxima las normas, es decir, como una suerte de mandatos que expresan la voluntad de un soberano respecto a la conducta de otros. Una norma, dice en *Of Law in Generals*, «puede definirse como un ensamblaje de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el *soberano* en un Estado, respecto de la conducta que debe observarse en cierto *caso* por cierta persona o clase de personas que en el caso en cuestión están, o se supone deben de estar, sujetas a su poder: dicha voluntad confía para su realización en la expectativa de ciertos eventos [...] la prospectiva pretendida

aquí pág. 4; también, OLIVECRONA, Karl, “Bentham’s Veil of Mystery”, *Current Legal Problems*, núm. 31, 1978 [trad. cast. de J. J. Moreso, “El velo de misterio de Bentham”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 165-177, por donde se cita, aquí pág. 166], donde encontramos una afirmación similar y se hace un recuento del panorama jurídico dominado por el iusnaturalismo que le tocó, su crítica a los *entia moralia* de Pufendorf así como de los problemas de la “creación” de derechos y obligaciones jurídicas para una teoría de base empirista como la suya (pp. 172 y ss).

⁸⁷⁵ Véase: BENTHAM, Jeremy, *Un fragmento sobre el Gobierno*, cit., aquí pág. 10.

⁸⁷⁶ Véase: HART, H. L. A., “Law in the Perspective of Philosophy”, *New York University Law Review*, núm. 51, 1976 [trad. cast. de R. Tamayo y A. Ortíz, “El Derecho en la perspectiva de la filosofía: 1776-1976”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 33, 1978, pp. 313-329, por donde se cita, aquí pág. 315]. No obstante, el propio Hart reconoce que la aplicación irrestricta del principio de utilidad benthamita al Derecho no se aviene bien, no cuando haya dudas de su aplicación a ciertos casos, sino más precisamente cuando alguien alega o invoca la doctrina de que existen ciertos derechos morales individuales contra el Estado: derechos morales que definen esa relación entre el gobierno y los ciudadanos, que son dignos de los hombres libres. (Véase: “Bentham and the desmitification of Law”, cit., aquí pág. 16)

debe actuar como un motivo sobre aquellos cuya conducta está en cuestión»⁸⁷⁷.

Nuevamente encontramos aquí un esquema muy parecido. Esto es:

- a) la noción de mandato entendido como la expresión de una voluntad soberana que es manifiestamente imperativa;
- b) la idea de soberanía; y
- c) la idea de “sanción”, que se añade al mandato para que funcione como una especie de motivación en la forma de anticipación de consecuencias.

De ahí que a menudo se diga que para J. Bentham el Derecho puede entenderse como una serie de mandatos de un soberano que están respaldados por amenazas, respaldados por el uso fuerza.

Dejando de lado la *Teoría pura del Derecho*⁸⁷⁸, voy a concluir este repaso de la teoría imperativa con J. Austin⁸⁷⁹. Este autor, entre otras cosas, pupilo de Bentham y conocedor de la *Begriffsjurisprudenz*, fue considerado⁸⁸⁰ el máximo representante de

⁸⁷⁷ BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General*, ed., H. L. A. Hart, London, Athlone Press, 1970, pág. 1, (la referencia también se encuentra en: Hart, H. L. A., “Bentham’s of Laws in General” *Íd.*, *Essays on Bentham*, cit., aquí pág. 110.).

⁸⁷⁸ Según el propio Kelsen, su *Teoría pura del derecho* (TPD) puede tenerse como heredera de Austin por dos razones. Por una parte porque es una teoría (descriptiva) del derecho positivo y, también, por compartir –con algunas modificaciones– la centralidad de la sanción (“esencial”, según Kelsen) para el Derecho. Sin embargo, sostiene también que la TPD ha desarrollado “más firmemente” la teoría analítica de Austin y sus continuadores. Así, nos dice, por ejemplo, que la TPD incluye también una dinámica jurídica, aspecto esencial para comprender su creación, frente a la teoría de Austin, que sería, a decir del alemán, una teoría estática del Derecho, “que considera a las reglas completas y listas para ser aplicadas”. Véase: KELSEN, Hans, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, núm. 44, 1941-1942, pp. 44-70 [trad. cast. de J. J. Moreso, “La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 202-231, por donde se cita, aquí pág. 213 y ss.]. Hart, en cambio, no compartiría en absoluto, esta última afirmación de Kelsen. Véase: HART, H. L. A., “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, *Íd.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, OUP, pp. 265-277 [trad. cast. de J. J. Moreso “El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp., 109-123, por donde se cita, aquí pág. 117.]

⁸⁷⁹ Sobre la vida y contexto sociocultural de Austin, véase: TURÉGANO MANSILLA, Isabel, *Derecho y moral en John Austin*, prólogo de J. R. De Páramo, Madrid, CEPC, 2001, pp. 35 y ss. Se trata de la mejor monografía en castellano de la que tengo noticia sobre este autor. Por otra parte, debo señalar que aquí sigo la interpretación más extendida de Austin. No obstante, en algunos trabajos recientes sobre su obra, como el último mencionado (pp. 176 y ss.), se ha hecho notar que su idea de *Jurisprudence* es más amplia de lo que usualmente reconocemos y que lo es, precisamente, en el sentido de que «va unida a un amplio cuerpo de tradiciones morales y políticas».

⁸⁸⁰ Los estudiosos de esta escuela de pensamiento hacen referencia que Bentham había sido, o fue, eclipsado por Austin. Sin embargo, gracias en gran parte a los esfuerzos de Hart, y aquí no me refiero sólo a los académicos *strictu sensu* sino también a los editoriales, se comienza a cuestionar que la obra

la teoría analítica del Derecho –si bien, hasta la crítica de Hart–. La vinculación de esta tradición de pensamiento con el positivismo jurídico se hace patente aquí de nueva cuenta. En efecto, también Austin «se interesó en las características distintivas del Derecho para librarlo de su permanente confusión con los preceptos de la religión y la moral»⁸⁸¹. En sus palabras: «la existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito, otra. Si existe o no, es una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente. Una ley que realmente exista es una ley, aunque nos disguste, o aunque sea disconforme respecto del criterio con el que gobernamos nuestra aprobación o desaprobación»⁸⁸². Recordemos su modelo del Derecho, y sobre todo su concepto de norma, que es lo que aquí nos ocupa.

Entre las distintas presentaciones⁸⁸³ me valdré de la que hace H. L. A. Hart en el prólogo que escribió para su edición de *The Providence of Jurisprudence Determined*⁸⁸⁴. Según aquél, Austin se vale, básicamente, de las siguientes nociones para construir su esquema de Derecho:

- a) la idea de *mandato*, que analiza como una expresión de deseo por una persona que tiene el propósito, y también cierto poder, de infligir un mal en el caso de que el deseo sea desatendido;
- b) del *hábito de obediencia* con respecto a una determinada persona. Con relación a estos dos elementos define en lo sucesivo:
 - b.1) *estar bajo un deber u obligación* (estar sujeto a un mal, en caso de desobediencia, por parte de la persona que manda); *un superior* (una o más personas que pueden obligar a otros a obedecer); *sociedad política independiente* (una sociedad en la que la mayoría tiene un

de Austin sea más aguda o completa que la de aquél. En este sentido, por ejemplo: LEWIS, A. E. D., “Jonh Austin (1780-1859): Pupil of Bentham”, *The Bentham Newsletter*, núm. 2, 1979.

⁸⁸¹ HART, H. L. A., “Introduction” to J. AUSTIN, *The Providence of Jurisprudence Determined*, (1832) [trad. cast., y est. preliminar de J. R. De Páramo, *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, CEPC, 2002, por donde se cita, aquí pág. 8.]

⁸⁸² Véase: AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia*, cit., aquí pág. 188.

⁸⁸³ Véanse, por ejemplo: DE PÁRAMO, Juan Ramón, *H. L. A., Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., aquí pp.140 y ss.; TURÉGANO MANSILLA, Isabel, *Derecho y moral en John Austin*, cit., pág. 23-24; DWORKIN, Ronald M., “The model of Rules (I)”, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977 [trad. cast. de M. Guastavino, “El modelo de normas (I)” en: *Id., Los derechos en serio*, 5ª. reimp., Ariel, 2002, por donde se cita “El modelo de reglas (I)”, cit., aquí pp. 66.]

⁸⁸⁴ HART, H. L. A., “Introducción” (*El objeto de la jurisprudencia*), cit., pág. 36-37.

hábito de obediencia a de un determinado superior común que no tiene tal hábito respecto de otro); y

- b.2) *soberano* (un determinado superior humano que no tiene hábito de obediencia con respecto a un superior semejante, pero que recibe obediencia habitual del grueso de una sociedad determinada).

De ahí que, teniendo en cuenta todo lo anterior, *Las normas en sentido propio* son definidas como mandatos que obligan a una o más personas a tener una determinada conducta y la ‘diferencia esencial’ del derecho positivo se encuentra en que es establecido por un soberano a los miembros de una sociedad política independiente⁸⁸⁵.

Como se sabe, la teoría del soberano, a pesar de su extrema simplicidad es nada menos que una teoría general sobre el fundamento de todos los sistemas jurídicos⁸⁸⁶. Con todo, y precisamente a causa de aquello, el modelo quedó a merced de varias objeciones. Podríamos destacar fundamentalmente dos. En primer lugar, que en las sociedades complejas –o modernas– es difícil encontrar al grupo o la institución que en última instancia ejerza ese tipo control absoluto sobre todos los demás. Otra era precisamente que dicho modelo no alcanza a dar cuenta de algunos perfiles destacados a propósito del Derecho. Su esquema no era capaz de distinguir lo que se ha denominado modelo del asaltante del Derecho. Y no hay espacio para la distinción porque: «en él se define una obligación como la sumisión a la amenaza de la fuerza, de modo que la autoridad del Derecho se funda exclusivamente sobre la capacidad y voluntad del soberano de perjudicar a quienes desobedecen». Por último, podríamos mencionar también que su teoría no alcanza de dar cuenta de la persistencia de las normas (una vez que el soberano, su creador, desaparece). Es decir si la validez de las

⁸⁸⁵ *Ibidem*. Esquemáticamente, la teoría de Austin afirma que “en toda sociedad humana donde hay Derecho, por debajo de la variedad de formas políticas, tanto en una democracia como en una monarquía absoluta, habremos de hallar, en última instancia, esta relación simple entre súbditos que prestan obediencia habitual y un soberano que no presta obediencia habitual a nadie. Esta estructura compuesta de soberano y súbdito es, según la teoría, parte esencial de una sociedad que posee Derecho, como la columna vertebral lo es a un hombre. Cuando ella aparece, podemos decir que la sociedad, junto a su soberano, es un estado independiente, único, y podemos hablar de *su* Derecho; cuando falta no podemos usar ninguna de estas expresiones, porque la relación entre soberano y súbdito, según esta teoría, forma parte del significado mismo de ella”. (Véase: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., aquí pág. 63-64)

⁸⁸⁶ Dworkin también destaca este extremo para resaltar, en cambio, su belleza: “el modelo de Austin es bellísimo por su simplicidad”. DWORKIN, Ronald, “El modelo de reglas (I)”, cit., aquí pág. 67.

normas depende la voluntad del soberano: ¿éstas siguen su suerte? Parece que no⁸⁸⁷. Lo que interesa en todo caso, es que tenemos aquí las bases para un análisis sobre las normas en tanto reglas.

Antes de pasar a esa primera aproximación, repasaré las críticas formuladas por H. L. A. Hart. Su análisis, por lo demás, es reconocido como el último gran salto cualitativo reconocido –hasta el momento– en la teoría analítica del Derecho⁸⁸⁸. Refinó sustancialmente aquél esquema. Y lo hizo en base a dos críticas que, sin exagerar, hoy son patrimonio común de la teoría del Derecho. Por un lado, criticó la idea de soberano de Austin y por ende a la teoría imperativa del Derecho en su conjunto. Es decir, por entender que la idea de mandato sobre la que gira aquella concepción del Derecho no era capaz de dar cuenta de los distintos tipos de reglas sobre los cuales se estructura el Ordenamiento jurídico. O, si se prefiere, de normas que cumplen un distinto rol a su función prescriptiva y que, por ello, tienen una naturaleza lógica distinta. Hizo notar, además, que la noción de mandato puede ser equívoca para nuestra idea de obligación jurídica. Para ejemplificarlo, utilizó el famoso ejemplo del asaltante: una orden, un mandato de un asaltante, no es Derecho en sentido propio porque el último carece de autoridad legítima. Así, la mejor forma de describir una situación de este tipo sería que aquella persona que fue compelida a dar su dinero al asaltante *no estaba bajo la obligación* de hacerlo sino que, más bien, *se vio obligada* a ello.

La otra crítica, que sostiene que la teoría imperativa es ciega a los distintos géneros lógicos de normas (reglas), es más importante. Y aquí es donde reside la mayor contribución de Hart: el haber destacado que el núcleo del Derecho, de los modernos ordenamientos jurídicos, descansa en la unión de varios tipos de reglas⁸⁸⁹. Por un lado, tenemos el tipo más básico: las reglas por las cuales se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos. A estas reglas Hart las

⁸⁸⁷ Véase: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., pp.

⁸⁸⁸ Véase, a modo de ejemplo: PANNAM, Clifford L., “Professor Hart and the Analytical Jurisprudence” *Journal of Legal Education*, vol. 16, núm. 4, 1963-1964, pp. 379-404. 1975 [hay trad. cast. de D. Papayannis y L. Ramírez, “El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, núm. 12, 2008, pp. 67-98].

⁸⁸⁹ O si se prefiere: que existen «otras variedades de normas». Véase: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., aquí 99 y ss.

denomina «reglas primarias». Por otra parte existen otro tipo de reglas que no tienen aquel objetivo sino la creación o modificación de deberes y obligaciones. En realidad, se trata de reglas que tienen como finalidad resolver problemas a los que se enfrenta cualquier sistema jurídico desarrollado. A estas reglas Hart las denomina «reglas secundarias». Son de tres tipos. Contra la falta de certeza de un régimen de reglas primarias –característico del Derecho pre-moderno– introduce las «reglas de reconocimiento»: reglas para la “identificación incontrovertible” de las reglas primarias de obligación. Otras son las «reglas de cambio» que facultan a un individuo o cuerpo de personas para introducir nuevas reglas primarias. Por último, tenemos las «reglas de adjudicación» que facultan a determinar, en forma autoritativa, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria⁸⁹⁰. Estas son, dicho muy sintéticamente, las contribuciones de Hart. Volvamos ahora al cercanía de la noción de mandato con la de regla.

1.3 UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS REGLAS

Dejando de lado la cuestión sobre el sentido específico que cada uno da al término mandato, lo que aquí quiero destacar, y parece indudable, es la cercanía de éste con el ya mencionado de prescripción (utilizado a menudo como sinónimo de regla). No es casual que en ambos se haga referencia a conceptos tales como soberanía o autoridad. Tampoco lo es que, en tanto normas, se pretenden constituir como criterios o pautas de conducta que dejan de ser optativas para los individuos. Y es que para quienes el Derecho consiste, básicamente, en un sistema institucionalizado para guiar la conducta y para resolver disputas que pretende autoridad suprema para interferir en cualquier clase de actividad –que apoya o limita, con regularidad, la creación y la práctica de otras normas en la sociedad⁸⁹¹–, resulta difícil no asignar un papel relevante a este tipo de normas o reclamar para ellas la centralidad en el discurso y

⁸⁹⁰ Una buena exposición del planteamiento hartiano y, en general, del sentido de su teoría véase el estudio introductorio de Leslie Green a la tercera edición a *The Concept of Law*. Véase: HART, H. L. A., *The Concept of Law*, third edition, introduction by Leslie Green, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁸⁹¹ Cf. RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975 [hay traducción al castellano: *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, C.E.C., 1991, por donde se cita, aquí pág. 177].

práctica jurídica. Ello es así porque si es posible en el ámbito jurídico advertir alguna correlación más cercana entre la función de guía de conducta o el concepto de autoridad es precisamente en las normas entendidas como reglas⁸⁹².

Por otra parte, sabemos que los criterios habitualmente utilizados para caracterizar las normas son el estructural y el funcional. El primero atiende a su forma, a la estructura de los enunciados normativos; el segundo atiende a la manera en que se aplican, esto es, cómo funcionan en el razonamiento (jurídico). En los últimos tiempos se ha discutido hasta la saciedad si existe, y en qué grado, una distinción entre reglas y principios. La distinción no es pacífica pues entremezcla varias cuestiones que deben tratarse por separado⁸⁹³. Entre ellas destaca el papel de los principios generales en la delimitación de los confines del Derecho⁸⁹⁴. Aunque soy consciente de que es muy difícil hacer abstracción total de dicha polémica, no me ocupo de ella en este momento. Me interesa, más bien, tomar algunos elementos que me sirvan para caracterizar las reglas. Comencemos con una primera aproximación para, posteriormente, intentar una caracterización que sea más satisfactoria de las

⁸⁹² Refiriéndose a la idea de razón excluyente tal y como la entiende Joseph Raz, J. C. Bayón señala que se trata de “la forma más común de entender las relaciones de autoridad y la especificidad estructural del razonamiento jurídico parece descansar precisamente sobre esa idea”, si bien, se trata de una idea que es puesta en tela de juicio. Véase: BAYÓN, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa*, núm. pp. aquí pág. 143-161, aquí pp. 144)

⁸⁹³ La más importante, me parece, tiene que ver con el hecho de que los principios se muestran particularmente fecundos para atacar la tesis positivista de la distinción conceptual entre Derecho y moral. Ello se entiende que es a causa de su indeterminación o bien por tratarse de normas que remiten a conceptos moralmente densos. Por ejemplo, para ALEXY, Robert (“Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de M. Atienza, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 139-155, aquí pág. 144) ‘el carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Puesto que algo análogo vale para muchos principios, la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral’. En algunas ocasiones lo que se pretende con la distinción o separación entre es minar la concepción positivista respecto de las relaciones entre Derecho y moral y más concretamente la distinción entre ambos órdenes normativos (PRIETO, Luis, “Dúplica a los profesores Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 315-325, aquí pág. 325). Para algunos autores el problema de su caracterización renueva el «campo de batalla» de la vieja polémica positivismo/jusnaturalismo. Para otros, los «principios» modificarían la dialéctica profundamente, trastocándola a tal grado que no resultaría posible mantenerla en los términos y las condiciones en que se venía desarrollando. En el primero de los casos, los principios abocan a teorías anti-positivistas. En el segundo a teorías post-positivistas. A modo de ejemplo, véanse: CALSAMIGLIA, Albert, “Postpositivismo”, *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 209-220; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico” en: Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M., Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios jurídicos en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006; AGUILÓ REGLA, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 665-675.

⁸⁹⁴ Véase: RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, en. M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, pp. 73-87.

mismas. Recuérdense, ante todo, que las reglas prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no⁸⁹⁵. Sin embargo esto no dice gran cosa. Avancemos un poco más.

Las reglas suelen familiarizarse con normas que determinan supuestos de hecho emparejándolo con alguna consecuencia. Así, podemos leer que se trata de «preceptos que asignan una consecuencia jurídica definida y detallada a una situación de hecho o estado de cosas definido y detallado»⁸⁹⁶; o de «amenazas definidas [*definite threats*] que proveen curso de acción definidos a la autoridad»⁸⁹⁷. R. Alexy, de forma similar, nos dice que las reglas contienen «determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible»⁸⁹⁸. Para él constituyen «mandatos definitivos»⁸⁹⁹. Así, por ejemplo, normas tales como «la velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora» o «un testamento no es válido al menos que esté firmado por tres testigos»⁹⁰⁰. Pero las reglas también tienen excepciones. Así que podría pensarse que bastaría con integrar todas las excepciones al enunciado fáctico para obtener la regla completa⁹⁰¹. Los conflictos entre reglas, se dice también a menudo, son problemas relativos a la validez de las normas. Mientras no sea posible incluir una cláusula de excepción, un conflicto entre dos reglas contradictorias se resuelve mediante la declaración de la invalidez de una de ellas⁹⁰².

⁸⁹⁵ Véase: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., aquí 101 y ss.

⁸⁹⁶ POUND, Roscoe, “Mi filosofía del Derecho”, cit., pág. 310.

⁸⁹⁷ Cf. POUND, Roscoe, “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, pp. 482. El hecho de que hable “amenazas” no es menor porque hace referencia expresa al ‘imperativismo’ de J. Austin.

⁸⁹⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 68.

⁸⁹⁹ ALEXY, Robert, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, cit., pág. 96.

⁹⁰⁰ DWORKIN, Ronald M., “The model of Rules (I)”, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977 [trad. cast. de M. Guastavino, “El modelo de normas (I)” en: *Id.*, *Los derechos en serio*, 5ª. reimp., Ariel, 2002, por donde se cita, aquí pág. 61 y ss.]

⁹⁰¹ DWORKIN, Ronald M., “El modelo de normas (I), aquí pág. 74. Sin embargo, y contra lo que aquí expresamente sostiene Dworkin, se ha observado que la interacción entre principios y reglas imposibilita la formulación de algo así como una regla completa. Sobre esto se volverá más adelante.

⁹⁰² Según Alexy –y a diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma– el concepto de validez jurídica no es graduable. Una norma es válida jurídicamente o no lo es. Que una regla sea válida y sea aplicable a un caso, significa que su consecuencia jurídica es también válida. Más allá de la forma en que se fundamenten debe excluirse la posibilidad de que sean válidos dos juicios concretos de deber ser, contradictorios entre sí. (Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. págs. 69-70). El mismo autor lo ejemplifica del siguiente modo: el orden de una escuela establece que, por una parte, está prohibido abandonar el aula de clases antes de timbre y por otra parte, sin embargo, ordena hacer exactamente eso, en caso de que suene la alarma de incendios. El conflicto puede resolverse fácilmente, si a la prohibición de abandonar la escuela se le introduce una excepción referida a la alarma de incendios. (Véase: ALEXY, Robert, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*”, cit., aquí pág. 97.)

Generalmente se dice que las reglas son el elemento principal de códigos antiguos. Que se ubican, sobre todo, en el Derecho penal, en el Derecho mercantil o en el Derecho civil⁹⁰³. Que se den este tipo de ejemplos no es en ningún sentido irrelevante: esta descripción, qué duda cabe, es satisfactoria para un determinado sector del Ordenamiento, pero no nos proporciona una buena imagen de otros. Nos brinda la visión, llamémosla así, más primitiva que de ellas tenemos. Es decir, la visión según la cual si una regla gobierna un determinado supuesto entonces se aplica sin más. En caso contrario, nada tiene que aportar a la solución. Son normas que sólo pueden ser cumplidas o no: «si una regla es válida debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos»⁹⁰⁴. Por ello se ha dicho que operan bajo una *lógica binaria*. A. Aarnio lo expresa muy bien cuando señala que funcionan «como las vías de un tren»: «las reglas se siguen o no se siguen»⁹⁰⁵. La regla tendría inscrito algo así como un código genético que contendría *toda* la información necesaria para que pueda aplicarse «por sí misma» mediante un ejercicio de estricta lógica deductiva⁹⁰⁶.

Por lo que respecta a la forma en que funcionan en el razonamiento jurídico, la caracterización más diáfana la encontramos en Joseph Raz. Para él una norma de mandato, una regla, es una «razón excluyente», esto es, «la combinación de una razón para realizar un cierto acto y una razón excluyente que elimina la consideración de otras razones en conflicto»⁹⁰⁷. Su función es precisamente esa: excluir el balance de razones o juicios «all things considered» y la de ser una razón para la acción. Son razones excluyentes (de segundo orden) en el sentido de que con ellas se pone fin a la deliberación. Más problemática resulta la afirmación, también ‘raziana’, según la cual

⁹⁰³ POUND, Roscoe “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, pp. 483-484.

⁹⁰⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. aquí pág. 68

⁹⁰⁵ AARNIO, Aulius, “Las reglas en serio” en: A. Aarnio, E. Garzón Valdés y J. Uusitalo, (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 27- 35, aquí pág. 17

⁹⁰⁶ En este sentido, escribe A. Marmor: “la aplicación de las normas a hechos dados constituye una cuestión de *inferencia lógica* que puede ser expresada mediante verdades analíticas” (cursivas mías). Véase: MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992 [trad. cast. de M. M. Hurtado, *Interpretación y teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, por donde se cita, aquí pág. 169]

⁹⁰⁷ Véase: RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, pp. 67 y ss. H. L. A. Hart parece suscribir esta idea de Raz cuando señala que las normas jurídicas de mandato son razones perentorias o independientes de contenido. Es decir: constituyen una razón de primer orden para realizar lo exigido y una razón de segundo orden para excluir cualquier deliberación independiente por parte del destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción. (Véase: “Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad”, cit.). Un análisis crítico detallado de la empresa raziana en: BAYÓN, Juan Carlos, “Razones y reglas. Sobre el concepto de razones excluyentes de Joseph Raz”, *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 25-66.

«quien actúa sobre la base de una regla hace aquello que la regla dice que hay que hacer porque hay una regla que dice lo que hay que hacer: hace aquello que la regla prescribe porque la regla lo prescribe»⁹⁰⁸. No estoy seguro de que todos aquellos de quienes están a favor de la centralidad de reglas en el ámbito jurídico suscriban esa afirmación incondicionalmente, tal y como lo hace este autor⁹⁰⁹. Sobre ello diré algo al final de este capítulo.

En todo caso, de momento, lo que me interesa destacar, es que si bien lo dicho capta varias cualidades que intuitivamente asignamos a las reglas, no resulta del todo satisfactoria la imagen. En el primero de los casos, porque se obvian aspectos relevantes tales como la vaguedad y la textura abierta del lenguaje⁹¹⁰, invitando así al formalismo más trasnochado. Me explico. Si de alguna manera consideramos que las reglas contienen toda la información para su aplicación –y, en el peor de los casos, se da por sentado que no existen contradicciones o lagunas normativas– se distorsiona profundamente nuestra comprensión, tanto del Derecho como de la decisión judicial⁹¹¹. Es decir, esta última se convierte en una actividad de puro conocimiento en la que no media voluntad alguna⁹¹². Nos remite a la idea Montesquieu de juez como

⁹⁰⁸ RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, pp. 63 y ss.

⁹⁰⁹ En realidad, el planteamiento de Raz no se entiende sino dentro del marco más amplio de su teoría de la autoridad legítima. En cualquier caso, como ha destacado J. C. Bayón, el núcleo de la idea de “razón excluyente” de Raz fracasa porque: “un agente verdaderamente racional no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes. Eso es tanto como decir que un agente racional nunca queda eximido de componer el balance de *todas* las razones en juego y de actuar con arreglo al resultado del mismo. Por tanto, si un agente aprecia que lo debido, todas las cosas consideradas, no coincide con lo exigido por una regla y no obstante decide seguirla, su decisión sólo puede ser calificada como el producto de una irracional reverencia hacia la regla”. (BAYÓN, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas, *Doxa*, núm. pp. aquí pág. 143-161, aquí pp. 144-5)

⁹¹⁰ Como veremos más adelante, se trata de una propiedad del lenguaje que fuera destacada por F. WAISMANN y que, con algunas diferencias, Hart popularizara entre los filósofos del Derecho. Véase, por lo pronto: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., aquí 156 y ss.

⁹¹¹ Creer esto, es dar por bueno el argumento de que el juez no crea derecho en su forma más fuerte e ingenua. Esto es, creer que en todos los casos que la legislación elimina cualquier tipo de discreción en manos de los jueces. Esto ha sido llamado por B. Leiter como ‘formalismo vulgar’ para enfatizar el hecho que, hoy por hoy, nadie (o casi nadie) suscribiría algo por el estilo. (Véase: LEITER, Brian, “Legal formalism and Legal Realism: What is the Issue?”, *Legal Theory*, núm. 16, 2006, pp. 111-133, aquí pág. 111). El propio Ronald Dworkin, reconoce que aunque se haga bien ridiculizando a la llamada “jurisprudencia mecánica”, lo cierto es que es muy difícil “encontrar gente que la practique”. (Cf. “El modelo de normas I”, cit., aquí pág. 63)

⁹¹² Ello corresponde, como es bien sabido, al formalismo más extremo de la escuela de la exégesis y jurisprudencia de conceptos. Como ha explicado, entre otros, J. A. García Amado, estas escuelas se caracterizaban por ser *ingenuamente* formalistas: por sostener que la decisión del juez tenía un carácter puramente formal, ya que consistía en un simple silogismo a partir de premisas que al juez le venían perfectamente dadas y acabadas. Y ello se debía, nos dice el profesor de la Universidad de León, fundamentalmente porque tenían la convicción de que el sistema jurídico poseía tres notas

«ser inanimado», «boca muda que pronuncia las palabras de la ley». En segundo lugar, porque en su dimensión autoritativa y en tanto razones excluyentes, sin posibilidad de matiz alguno, se soslaya la existencia de ciertas presunciones o acuerdos interpretativos por las cuales se inaplican; sobre todo cuando de su aplicación se sigan consecuencias absurdas o aberrantes. De ahí que, «ni la especificidad, ni el carácter concluyente, ni la existencia de una formulación investida de autoridad, son condiciones necesarias para la existencia de una regla imperativa»⁹¹³. Tampoco se trata solamente de una cuestión de ‘especificidad’ vs. ‘vaguedad’ de los principios⁹¹⁴.

1.4 LA CARACTERIZACIÓN DE LAS REGLAS DE F. SHAUER

Ensayemos otro punto de partida. El aspecto clave de las reglas puede cifrarse en el hecho de que *intentan* especificar resultados antes de que surjan casos particulares. Hay reglas o, mejor dicho, una norma tiene “carácter de regla”, en la medida en que el contenido del Derecho se ha establecido de forma tal que ‘avanza’ sus aplicaciones⁹¹⁵. Adviértase desde ahora la importancia de esto: la posibilidad de prever con antelación los resultados tiende un puente entre las reglas con el ideal de autonomía individual. Tiende un puente con la certeza y previsibilidad de nuestras acciones a la vez que hace factible el control del poder por los mismos motivos. Aquí las reglas poseen mayor potencial para ofrecer las condiciones necesarias para que aquella pueda realizarse. Y cuando digo condiciones me refiero precisamente a eso. El desarrollo de la autonomía precisa de determinados contextos para la toma de decisión por parte de

características: era completo, era coherente, era completamente claro. De tal forma que para cada caso que el juez tenga que fallar el sistema jurídico proporciona siempre una solución, solo una y perfectamente clara y precisa. Cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoria*, núm. 36, 2006, pp. 151-172, aquí pág. 154.

⁹¹³ SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., aquí pp. 69-70.

⁹¹⁴ O como sostiene en otra parte: “es un gran error asumir que las reglas no son más que esas áreas grises y esos límites difusos”. Véase: SHAUER, Frederick, *Thinking like a lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 2009 [trad. cast. de Tobías J. Schleider, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2013, por donde se cita, aquí pág. 39]

⁹¹⁵ SUNSTEIN, Cass R., “Problem With Rules”, *California Law Review*, vol. 83, núm. 4, 1995, pp. 953-1026, aquí pág. 961. En este sentido es correcto señalar que con las reglas se define en, en parte, el carácter *ex ante* del Derecho. Esta es la parte de verdad de la afirmación de J. Raz (Cf. *Razón práctica y normas*, cit., aquí pág. 82), cuando sostiene que “tener una regla es haber decidido por adelantado qué hacer”. Sin embargo, y como he dicho, ello no puede mantenerse a ultranza.

los individuos⁹¹⁶. Éste es uno de los argumentos más poderosos que suelen esgrimir a menudo los defensores del legalismo. En él las reglas juegan un papel fundamental. En lo que sigue me valdré, en gran parte, de la obra de F. Shauer *Playing by the Rules* que ofrece un aparato teórico y conceptual iluminador a propósito de este tema⁹¹⁷.

Como ha destacado este autor, las reglas tienen un componente por el cual se vinculan a generalizaciones: parten o transitan de lo particular a lo general. Esto es, son el producto de generalizar, de considerar a los individuos no de forma aislada sino como ejemplos de un tipo o miembros de una clase. A la vez que son *inclusiones selectivas* –prestan especial atención a ciertas propiedades o conjunto de ellas–, también son *exclusiones selectivas* pues se concentran en un número limitado, es decir, soslayan otras propiedades⁹¹⁸. Téngase en cuenta que un mismo hecho puede ser generalizado de formas distintas, que algunas personas consideren relevantes algunas propiedades que no lo son para otras –sean éstas personas, propósitos o momentos–⁹¹⁹. En cualquier caso, lo que es de destacar aquí es que, desde este punto de vista, el Derecho, como dice Hart, «se refiere de forma predominante, *aunque no exclusiva*, a clases de personas y a clases de actos, cosas y circunstancias»⁹²⁰. En las reglas prescriptivas ese proceso de generalización, sus respectivas selecciones y supresiones, es muy importante. Ahora, hay que analizar la estructura y las partes de la regla.

Una primera parte de toda regla es la llamada *prótasis* que especifica las condiciones fácticas que dan lugar a su aplicación. Esta parte –el «predicado fáctico»

⁹¹⁶ Escribe F. Laporta: “El imperio de la ley ha de ser entendido como un ingrediente de la idea de justicia, es decir, como uno de los ideales ético-políticos que nos dicen cómo ‘debe ser el derecho positivo’. Y creo que, como tal ideal, lo primero que plantea es una suerte de exigencia de ‘normativismo’, la exigencia de que, si no todo el derecho positivo, al menos sí el núcleo central y más importante del ordenamiento esté compuesto por esa clase especial de normas que llamanos en sentido estricto ‘reglas’. Reglas de conducta y reglas de competencia. No principios, ni estándares, ni valores, ni directivas de otro tipo sino reglas. El derecho debe guiar las conductas de los ciudadanos y los actos del poder por medio de reglas, *porque son las reglas y su vigencia en una sociedad las que logran establecer el contexto en el que la autonomía de las personas se hace posible*. Véase: LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., aquí pp. 39 y ss. (cursivas mías).

⁹¹⁷ SHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, OUP, 1991 [trad. cast. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004, por donde se cita.]

⁹¹⁸ Cf. SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego.*, cit., aquí pág. 76 y ss.

⁹¹⁹ Véase: SHAUER, Frederick, “La categorización en el Derecho y en el mundo”, trad. de J. A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 28, 2005, pp. 307-320, aquí pág. 308.

⁹²⁰ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, aquí pág. 157. (cursivas mías)

en la terminología propuesta por Shauer– puede ser interpretada como su hipótesis, puesto que las reglas prescriptivas pueden ser formuladas de tal modo que comiencen con un “*si x*”, donde *x* es un enunciado descriptivo cuya verdad es condición necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la regla. Las reglas contienen también un *consecuente* que prescribe lo que habrá de ocurrir cuando se verifiquen las condiciones especificadas en el predicado fáctico (*si x..., entonces... y*)⁹²¹. El predicado fáctico puede verse como una generalización, ya que prescribe para todos los miembros de una categoría. Es la especificación del campo de aplicación o de cobertura de la regla –su categorización–. Como destaca el propio Shauer, esta última, es un proceso característico que se constituye como «un rasgo necesario del sometimiento de la conducta humana a reglas»⁹²². Con todo, nos dice, esto no quiere decir que de ello emerjan unívocamente categorías a partir de cierto individuo: establecer reglas en respuesta a un hecho particular, y casi siempre, establecer reglas de cualquier tipo, supone el uso de generalizaciones elegidas de entre candidatos lógicamente equivalentes⁹²³.

Las generalizaciones prescriptivas comienzan con un individuo, lo toma como ejemplo de una categoría más general y luego busca aquella propiedad de ese individuo que es causalmente relevante para la ocurrencia de la categoría más general. Esta categoría es para Shauer la justificación de la regla. Se refiere al mal que se quiere erradicar o la meta que se pretende lograr. Ella determina cuál generalización –entre las que son lógicamente equivalentes de algún hecho desencadenante en particular– será elegida como el predicado fáctico de la regla resultante⁹²⁴. Por ejemplo, explica Shauer que el resultado fáctico de la regla propuesta que prohíbe el ingreso a perros –sin importar su color o raza– a un local es, en consecuencia, una generalización a partir de un hecho desencadenante particular que causó el problema en esta ocasión hacia la propiedad (o propiedades) de los individuos que parece ser, en tanto tipo, causalmente relevante para la incidencia de problemas, en tanto tipo⁹²⁵.

⁹²¹ Cf. SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., aquí pág. 81.

⁹²² SHAUER, Frederick, “La categorización en el Derecho y en el mundo”, cit., aquí pág. 309.

⁹²³ Cf. SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., aquí pág. 83.

⁹²⁴ Cf. SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., aquí pág. 85.

⁹²⁵ *Ibidem*.

El carácter causalmente relevante no es fácilmente determinable. Y no lo es porque para que pueda hablarse de un predicado fáctico satisfactorio, el mismo requeriría ser muy complejo o estar compuesto por todas las propiedades y condiciones que en conjunto asegurarían la ocurrencia de la conducta temida. Ya antes Hart había avanzado una conclusión similar. En efecto, desde mi punto de vista sostuvo algo parecido; es decir, sostuvo una suerte de *imposibilidad epistémica* de formular reglas absolutamente completas, que capten perfectamente la complejidad de lo que sucede en el mundo. Ningún ser humano, ni siquiera un legislador puede hacerlo. Sólo un dios omnisciente podría acometer esta «empresa hercúlea»⁹²⁶. Porque para que ello fuera así, sería necesario que:

«el mundo en el que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos, en suma, elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo ello podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería el mundo adecuado para la teoría mecánica»⁹²⁷.

Por lo tanto, lo único que se puede afirmar –sin caer en la tentación anterior, esto es, en la visión más primitiva de las reglas– es que el predicado fáctico representa un conjunto de hechos que se hallan en relación de causalidad probabilística con la justificación. Más no tiene la pretensión de que la ocurrencia de una propiedad es necesariamente seguida por la ocurrencia de la consecuencia; ni asegurar que el acaecimiento de la consecuencia requiere la ocurrencia de la propiedad. No. Como explica Shauer, se trata de algo más básico. Es decir simplemente que la incidencia de la consecuencia será mayor en una población que posee la propiedad en cuestión que en una población idéntica en todos los demás aspectos en el cual la propiedad está

⁹²⁶ Cf. HART, H. L. A., “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, *Íd., Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, OUP, pp. 265-277. [trad. cast. de J. J. Moreso “El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp., 109-123, aquí pág. 114.], obviamente, hago aquí un guiño al famoso “Juez Hércules” de Dworkin.

⁹²⁷ Véase: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, aquí pág. 160.

ausente. Así el predicado fáctico representa un conjunto de hechos cuya existencia indica un incremento en la probabilidad de la ocurrencia de la justificación y cuya prohibición (efectiva) disminuirá consecuentemente la probabilidad del mal contra el cual la regla va dirigida⁹²⁸. Me parece que en la dilucidación de esta cuestión radica la gran contribución de Shauer: en destacar la *sobre-inclusión* y la *infra-inclusión* como rasgos fundamentales de las normas en tanto reglas.

En efecto, tal vez el aspecto más importante del análisis de Shauer consista en haber iluminado sobre el carácter *sub* o *sobre-incluyente* de las reglas⁹²⁹. ¿En qué consisten ambos fenómenos? La cuestión tiene que ver, precisamente, con el hecho de que las reglas están vinculadas de forma muy cercana a, o se expresan por medio de, generalizaciones. En efecto, en tanto generalizaciones, las reglas expresan enunciados que pretendemos verdaderos para algunos o para la mayoría de los casos, pero que no lo son para *todos* los casos. Es *sobre-incluyente* [*over-inclusive*] cuando comprende estados de cosas que, en casos particulares, podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla, aunque el estado de cosas, en tanto tipo, esté relacionado de manera probabilística con la incidencia de la justificación. Para volver al ejemplo del letrero “no se admiten perros”, se produciría, o mejor dicho, la regla *incluiría* a los perros guías o lazarillos. De tal forma que es *sobre-excluyente* puesto que, gobernando la decisión, la generalización, en sus términos, no sirve a la justificación subyacente⁹³⁰.

Si el predicado fáctico, que es el núcleo de nuestra norma, por el contrario, no da indicios de la justificación cuando ésta se haya presente, decimos que la regla es *sub-incluyente* [*under-inclusive*]. La sub-inclusión puede existir no obstante el predicado fáctico de la regla se relacione sólo de manera probabilística con la justificación. En otras palabras: esto sucede cuando una regla incorpora predicados fácticos que no cubren estados de cosas que en casos particulares producirían la consecuencia que representa la justificación de la regla, tendrá tal carácter. En esta

⁹²⁸ SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., pp. 85-89.

⁹²⁹ Cf. BAYÓN, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, cit., aquí pp. 149 y ss.

⁹³⁰ SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*., cit., aquí pág. 108. Como explica en otra parte: “una regla es sobre-incluyente cuando incluye o abarca instancias que la justificación subyacente no cubre. En tales casos, el alcance de la regla es mayor que el de su justificación subyacente, y precisamente por eso decimos que es sobre-incluyente”. Véase: SHAUER, Frederick, *Pensar como un abogado*, cit., aquí pág. 42.

parte, Shauer pone por ejemplo a una persona que desea ingresar al restaurante de nuestro letrero no ya con un perro, sino con un oso. Pero en este caso parece que la norma no excluye el ingreso a osos; al menos no en los términos que está formulada. En este caso la regla es *sub-incluyente* porque los osos sí estarían comprendidos directamente, digámoslo así, en la justificación de la regla. Si el predicado fáctico es actual o potencialmente sub o sobre-incluyente (o ambas) desde la perspectiva de la justificación de la regla, puede ser que a veces ese predicado fáctico no favorezca su justificación sino que la obstaculice.

Es por ello –explica líneas adelante– que se describen a menudo las reglas como *sub-incluyentes* o *sobre-incluyentes* con respecto de las justificaciones que le dan origen: «cuando la generalización que es parte necesaria de una regla resulta atrincherada, ella comprenderá (actual o potencialmente) individuos no comprendidos por la aplicación directa de la justificación que subyace a la regla, y no comprenderá individuos que sí estarían comprendidos por la aplicación directa de las justificaciones de la regla»⁹³¹. Como ejemplo, Shauer nos dice que pensemos que el fin –la razón suyacente– de una regla que prohíbe los vehículos en el parque sea prevenir el ruido. En tales casos la norma sería sobre-incluyente respecto a vehículos eléctricos silenciosos (que ciertamente son vehículos); pero sub-incluyente con respecto a instrumentos musicales, los mítines políticos y las radios portátiles con altavoz, que son ruidosos pero no son vehículos⁹³². Quizás no tenga nada que ver, pero ambas características me recuerdan las palabras de Hart cuando señalaba que «resulta probable que la rigidez de nuestras clasificaciones entre en conflicto con los propósitos que nos animan a tener o preservar la regla»⁹³³.

Pero lo anterior no es lo único a lo que debemos estar atento a propósito de las reglas. Otro fenómeno al que también debemos prestar atención es el referido a la «textura abierta del lenguaje». Con modificaciones⁹³⁴, Hart popularizó entre los

⁹³¹ SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego.*, cit., aquí pág. 109

⁹³² Véase: SHAUER, Frederick, *Pensar como un abogado*, cit., aquí pág. 42,

⁹³³ Véase: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, aquí pág. 160.

⁹³⁴ Véase: ENDICOTT, Thimoty O. A., *Vagueness in Law*, Oxford, OUP, 2000 [tra. cast. de A. Del Real Alcalá y J. Vega, *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, Colección Traducciones-IDHBC, Dykinson, 2007, por donde se cita, aquí pág. 73 y ss.].

filósofos del Derecho estas ideas basadas desarrolladas por F. Waissman⁹³⁵. Se trata de una característica por la cual la formulación de la regla, a pesar de no parecer actualmente sub o sobre-incluyente respecto de sus justificaciones subyacentes, puede, en el futuro, ser potencialmente imprecisa. La textura abierta del lenguaje consiste en

«la posibilidad de que incluso el término menos vago, el más preciso, se torne vago como consecuencia de nuestro conocimiento imperfecto del mundo y de nuestra capacidad limitada de predecir el futuro. [E]s la posibilidad ineliminable de la vaguedad, la contingencia inerradicable de que incluso el término aparentemente más preciso pueda, cuando se lo confronta con un caso no previsto al momento en el que el término fue definido, tornarse vago respecto de ese caso»⁹³⁶.

Este es el dato relevante. Las generalizaciones empíricas, sean ellas de causa efecto o de cualquier otro tipo, que hoy se consideran universales o excluyentes con frecuencia resultarán ser poco más que probabilísticas o ejemplificativas⁹³⁷.

Por otra parte, la textura abierta se diferencia de la vaguedad en que esta última es actualmente identificable mientras que la primera no lo es. Pero, en estricto sentido, Hart parece hacer un uso amplio de la idea de textura abierta para incluir en ella cualquier tipo de indeterminación semántica; entre ellas, obviamente, la vaguedad. Esta última, en la formulación dada por B. Russell, consistía en el hecho de que «todas las palabras son atribuibles, sin duda, dentro de un zona de certeza, pero que se vuelven o llegan a ser cuestionables dentro de una zona de penumbra, en la

⁹³⁵ Véase: WAISMANN, Friedrich, “Verificability”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volume, XIX, 1945 [trad. cast. de P. Villegas, “Verificabilidad” en: G. H. R. Parkinson (ed.), *La teoría del significado*, México, FCE, 1976, pp. 57-93].

⁹³⁶ Cf. SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*., cit., pág. 94

⁹³⁷ Cf. SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*., cit., pp. 92-96. En sentido similar, nuevamente, Hart: ‘en este punto, el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo. Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción o de derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta’. (Véase: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., aquí pp. 158-159, cursivas fuera del original).

cual ya no se pueden asignar certeramente»⁹³⁸. En palabras de Hart, se trata de una de las características del lenguaje humano. Y, más aún, tal «la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho»⁹³⁹. Es decir, no existe una línea divisoria indubitable que, por ejemplo, separe palabras tales como ‘calvo’ y ‘no-calvo’. La vaguedad recuerda a la famosa paradoja de los sorites. La misma debe distinguirse, a su vez, de la ambigüedad que es la propiedad de las palabras que poseen significados distintos v. gr., ‘banco’. En todo, caso, cuando se presenta la textura abierta del lenguaje, en el sentido amplio aludido, se plantean las cuestiones fundamentales respecto a las funciones de las reglas: las «experiencias recalitrantes».

Las experiencias recalitrantes sacan a la luz problemas de las reglas en tanto generalizaciones o su inadecuación: bien porque una generalización garantizada de manera probabilística es incorrecta en esta ocasión; bien porque la generalización supuestamente universal resulta que no lo es; o, finalmente, porque una cualidad que se dejó de lado resulta ahora relevante⁹⁴⁰. El manejo de este tipo de experiencias se complica debido a que las reglas suelen estar ‘atrincheradas’; es decir, suelen no estar disponibles a un lenguaje infinitamente disponible y adaptable⁹⁴¹. En la medida en que esto sucede, las inclusiones de las generalizaciones anteriores tornan más sencillo dar cuenta del futuro cuando éste es similar al pasado, pero las supresiones de las generalizaciones anteriores impiden dar cuenta del futuro cuando éste se aleja de nuestras expectativas previas⁹⁴². Las generalizaciones canalizan nuestras percepciones y tornan difícil sortear los causes de nuestro esquema conceptual preexistente.

⁹³⁸ RUSSEL, Bertrand “Vagueness”, *Australasian Journal of Psychology and Philosophy*, núm. 1, 1923, pp. 84-92, aquí pág. 87.

⁹³⁹ En este punto, nos dice, el *lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo*. Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción o de derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta’. Véase: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., aquí pp. 158-159, cursivas fuera del original.

⁹⁴⁰ SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*., cit., pág. 98.

⁹⁴¹ F. Shauer contrapone en esta parte a lo que denomina un modelo ‘conversacional’ del ‘atrincherado’. En el primero, existe la posibilidad de adaptación casi instantánea a las confusiones, equívocos y preguntas que surgen en el transcurso de una conversación. Se trata de un modelo que presenta una considerable ‘plasticidad’ en la comunicación; en la posibilidad de suministrar adiciones necesarias. En eso radica ‘su belleza’. (Cf. *Las reglas en juego*, cit., pp. 98-100)

⁹⁴² SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*., cit., pág. 102.

Posteriormente, Shauer aplica tales consideraciones a las generalizaciones prescriptivas: “todos los x deben (no deben) (pueden) \emptyset ”. Este tipo de generalización se proyecta hacia un futuro desconocido y al trasladarse a otro momento podría producirse alguna experiencia recalcitrante. Si ello sucede, si se da un ‘ x ’ minoritario, se habrá producido una *excepción* a la generalización⁹⁴³. Para el caso de las generalizaciones atrincheradas, incluso frente a una experiencia recalcitrante gobernará, no obstante, la decisión en tanto generalización. Esta es, quizá, la nota más relevante a propósito del atrincheramiento: provoca que la experiencia recalcitrante se resuelva a favor del resultado indicado por la generalización y no a favor del resultado contrario que parece más apropiado para el caso bajo análisis. Esto es, el atrincheramiento permite a una regla resistirse al impulso de modificación a la luz de la experiencia recalcitrante⁹⁴⁴. Así, puede decirse que en el modelo atrincherado determinadas cualidades permanecen soslayadas y el atrincheramiento de la generalización, todos los x con su consecuente supresión de otra(s) cualidad(es) –v. gr. “ y ”–, hace que la tal generalización gobierne la decisión también en aquellos casos en que esa otra cualidad [“ y ”] parezca más importante. Incluso ello es así para aquellos casos en que la generalización no sirviera a la justificación subyacente⁹⁴⁵.

Ahora bien, ¿qué es lo que produce el atrincheramiento? ¿Cuál es su fuente? Shauer llama instanciación a la generalización una vez constituida y por la cual se especifica la justificación subyacente a la regla. Opera de modo análogo al de una distinción tajante respecto de un continuo, limitando el rango de factores a considerar (esto es, “hace un corte”). Lo importante es cómo se desenvuelve la instanciación en modelos de toma de decisiones: mientras que en el modelo conversacional, las experiencias recalcitrantes se resuelven a favor de su justificación; en el modelo atrincherado o basado en reglas la instanciación persiste. Así, la instanciación suministra al decisor una razón para alcanzar una decisión conforme a lo que ella exige aún cuando difiera de la que se habría obtenido aplicando directamente la justificación⁹⁴⁶.

⁹⁴³ *Ibidem*.

⁹⁴⁴ SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*., cit., aquí pág. 122.

⁹⁴⁵ Cf. SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*., cit., pp. 103-106.

⁹⁴⁶ Cf. SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*., cit., pp. 114 (y las notas 3 y 4 ahí contenidas)

Debe advertirse claramente que a todas estas consideraciones subyace una determinada posición respecto al uso del lenguaje que permita el seguimiento de reglas⁹⁴⁷. El concepto de regla formulado por Shauer centra su atención en la autonomía semántica del lenguaje; «en la aptitud que poseen los símbolos –palabras, frases, oraciones, párrafos- para portar significados independientes de los propósitos comunicativos que persigan sus usuarios en ocasiones particulares»⁹⁴⁸. El significado literal o llano de las palabras, base de la comunicación, sirve al seguimiento de reglas mediando entre lo que algo significa y lo que el agente desearía que, en una ocasión particular, significara. Tal y como puede apreciarse, la autonomía semántica es indispensable para que las reglas puedan operar como tales. Por ello existe una importante relación entre el atrincheramiento y la formulación verbal de la regla. Para que una regla pueda ser regla, esto es, para que pueda ofrecer una guía de decisión que no sea coextensa con la que proporciona su justificación, es necesario que el significado de la misma pueda ser determinado con independencia del juicio acerca de lo que exigirían sus justificaciones subyacentes. Aunque no es indispensable de la cualidad de regla, el hecho de la misma se encuentre escrita facilitaría tal labor.

Si la regla es tomada como una instancia atrincherada por el aplicador, puede dibujarse un esquema de toma de decisiones en el cual ejercen presión normativa en tanto instancias; incluso en aquellos casos en los cuales su aplicación frustra la justificación (o justificaciones) que subyace a ellas. Las reglas son necesariamente rígidas pues resisten los esfuerzos actuales para moldearlas a las necesidades del momento⁹⁴⁹. La ausencia de *maleabilidad constante* es la

⁹⁴⁷ El problema del seguimiento de reglas no tiene que ver, en estricto sentido, con la proclama del realismo jurídico sino de un planteamiento escéptico más radical. Dicho planteamiento remite a uno de juegos de lenguaje de las *Investigaciones filosóficas* donde Wittgenstein reflexiona sobre el seguimiento de reglas agudizado en algunas lecturas de sus glosadores. En concreto, suele remitirse a la postura de S. Kripke y que puede resumirse en que ‘es imposible que existan reglas –se conciban como se conciban-. La paradoja es siguiente: una regla no puede determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. Véase: NARVÁEZ MORA, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, prólogo de J. J. Moreso, Madrid, Marcial Pons, 2004, esp. pp. 109-121.

⁹⁴⁸ SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego.*, cit., pp. 115. Posteriormente matiza: “identificar el fenómeno del significado acontextual no implica negar que se presuponen factores contextuales incluso al atribuir a más mínima porción de significado a una expresión. Comprendo lo que alguien dice, no simplemente porque comprendo el significado de las palabras que usa, sino también porque comprendo el significado literal de las palabras que usa, sino también porque interpreto esas palabras a la luz de numerosos presupuestos contextuales no contenidos en las definiciones de las palabras” (pág. 117).

⁹⁴⁹ SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego.*, cit., pág. 142.

característica necesaria para la existencia de decisiones basadas en reglas. Trata las instancias en sí mismas como fundamento para la decisión más que indicadores derrotables de los resultados que probablemente se alcanzarían a través de la aplicación directa de las justificaciones subyacentes⁹⁵⁰. En esta presentación de las reglas que estoy realizando he obviado problemas tales como la individualización de las normas. Tampoco puse énfasis en que se presentan a menudo estratificadas, esto es, en distintas capas o niveles⁹⁵¹. Considero, no obstante, que lo señalado responde a las preguntas iniciales sobre cómo se caracterizan y sobre cómo se aplican o pueden aplicarse.

Sobre esto último, es importante señalar algo: que el atrincheramiento no puede mantenerse a ultranza. Al menos no desde la óptica de Shauer. Si bien, un esquema de toma de decisiones basada en reglas parte precisamente de ello —es decir, de que se les tenga como instancias atrincheradas y no se pueda acudir directamente a su justificación—, lo anterior es «algo a propósito de la regla y no la regla misma». Se trata, si entiendo bien, de cómo *pueden* operar. Por lo demás, las reglas, en su esquema, también poseen una dimensión de peso o importancia, poseen resistencia a ser superadas, lo que equivale a decir que no son completamente derrotables. Sin embargo una regla puede ser inaplicable en virtud de una deficiencia interna. Y lo que es más importante:

«una regla, no obstante puede estar sujeta a ser desplazada por factores particularmente exigentes que son *externos tanto a la regla como a su justificación*. Cuando las reglas no resultan concluyentes sobre la base de tales factores, que no son en sí mismos una función de lo que la propia regla está destinada a obtener, puede decirse que esas reglas son externamente derrotables, sujetas a ser derrotadas o a tornarse no concluyentes en virtud de factores externos a la regla misma»⁹⁵².

⁹⁵⁰ SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego.*, cit., pág. 145. (cursivas mías)

⁹⁵¹ Sobre el particular, véase: Raz, Joseph, *The Concept of Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 2ª ed., 1980 [“Sobre la individualización de las disposiciones jurídicas” en *Íd.*, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, México, IJ-UNAM, 1986, por donde se cita, pp. 95-120]

⁹⁵² SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego.*, cit., aquí pág. 142.

1.5 LAS REGLAS COMO COMPONENTE ESENCIAL DEL SISTEMA JURÍDICO PARA EL LEGALISMO

No resulta difícil establecer la conexión de las reglas con el ideal del imperio de la ley y obedece a la idea de que ellas pueden incrementar la predecibilidad de las acciones de los demás y de las reacciones del poder en la conformación de planes de vida individuales. Para ello, nos dicen los legalistas, *debe* buscarse, en la formulación genérica de las reglas, la máxima precisión posible. Las reglas de competencia (o reglas que confieren poderes), en sentido similar, sirven para regular la conducta de quienes crean, interpretan, aplican o derogan normas jurídicas. Tales normas también expresan el ideal del gobierno de las leyes porque las autoridades lo son en la medida en que pueden ser prefiguradas e identificadas por medio de normas jurídicas. Pero también lo son en un sentido quizá más relevante: expresan aquél ideal en la medida que su actuar está sometido a ellas. Las reglas se contraponen al ‘gobierno de los hombres’ pues ejercen una presión normativa sobre los decisores para que no apliquen directamente las justificaciones que les subyacen sino las reglas establecidas. El Derecho, nos dice Shauer, consiste en decidir de acuerdo con reglas, porque, para quienes así lo piensan, éstas son lo que le distingue del ejercicio desnudo del poder, lo que le distinguen de la práctica no intermediada de la política⁹⁵³.

Esto último puede entenderse mejor si tenemos en cuenta que tanto la determinación del carácter causalmente relevante como la especificación de la justificación que subyace a la regla requiere de, llamémosle así, ‘un esfuerzo’ a cargo de aquellos que «osa(n) formular una regla general de conducta»⁹⁵⁴. De ahí que se diga su elaboración y promulgación sea más costosa, pues precisan de procesos complejos de deliberación, de negociación que permitan ‘transformar’ el *background* social, el desacuerdo de nuestros ideales de lo justo, lo equitativo o principios como la

⁹⁵³ Cf. SHAUER, Frederick, *Las reglas en juego.*, cit., aquí pág. 223. En sentido similar: La diferencia entre una sociedad gobernada por reglas y otra que no lo está, es que en la primera las directivas legales hacen la vida más fácil a quienes tienen a su cargo resolver disputas, mejoran la calidad de sus decisiones o limitan el ejercicio ‘desnudo’ de su elección.

⁹⁵⁴ Y que lo hacen aun a sabiendas de que, como dice el propio Hart, “cualquiera sea la técnica que se escoja para comunicarlas, sea el precedente o la legislación, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas”. Véase: Hart., H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., pág. 159.

eficiencia, la autonomía o la democracia en directivas de conducta⁹⁵⁵. Ese esfuerzo previo de dotar de «madurez epistemológica»⁹⁵⁶ a las normas se ve recompensado con creces al momento de su aplicación toda vez que circunscriben tanto las acciones como el abanico de argumentos permitidos. Esto, señala Sunstein, es una enorme ventaja en aquellas sociedades heterogéneas con personas poseen capacidades y tiempo limitado ya que, una vez generadas, evitan esfuerzo, tiempo y costos⁹⁵⁷. También pueden servir para hacer frente al pluralismo: truncando el conflicto de valores que pueden surgir en el Derecho, las reglas también aseguran que esos desacuerdos ocurran a por el cause de un rangos más restringidos⁹⁵⁸.

Visto con atención, las reglas también poseen un importante componente político. Dicho componente tiene que ver con la idea de que las provienen de una determinada autoridad (política). Pero no de cualquier autoridad sino de aquella que tiene su origen en el órgano al que *prima facie* reconocemos mayor legitimidad democrática. Ahora bien, ello no debe llevarnos a comprometernos con aquellos conceptos fuertes que fundamentan esta idea como, por ejemplo, el de ‘voluntad general’. De momento, basta con decir que la noción de autonomía incluye también la capacidad de autogobernarse y que, por ello, las reglas emanadas del órgano legislativo revisten cierta legitimidad. J. Waldron ha insistido en la vinculación de la idea de autonomía con el gobierno de las leyes, es decir de considerar al individuo como agente pensante, capaz de deliberar moralmente y trascender la preocupación sobre sus propios intereses particulares o segmentarios. Y ello se debe a que, para honrar aquella imagen –la de seres dignos de igual consideración y respeto– es necesario reconocerles *también* la capacidad para decidir y participar en la creación (aunque sea indirecta) de las reglas que han regular el marco vital en el que se desenvuelven⁹⁵⁹. Pasemos a su contraparte de la ideología constitucionalista.

⁹⁵⁵ Cf. SULLIVAN, Kathleen M., “Foreword: The Justices of Rules and Standards”, *Harvard Law Review*, vol. 106:22, 1992-1993, pp. 24-123, aquí pág. 62.

⁹⁵⁶ *Ídem*.

⁹⁵⁷ Véase, por ejemplo, KAPLOW, Louis, “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992-1993, pp. 557-629.

⁹⁵⁸ Cf. SUNSTEIN, Cass R., “Problem Whith Rules”, cit., aquí pág. 968

⁹⁵⁹ WALDRON, Jeremy, “La participación: el derecho de los derechos” en: *Íd. Derecho y Desacuerdos*, trad. de J. L. Martí y A. Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 251-275.

2. CONSTITUCIONALISMO: PRINCIPIOS

Creo que no exagero si digo que el constitucionalismo puede identificarse desde el punto de vista de las normas con la irrupción del principialismo y con la afirmación de que el mundo del Derecho no es sólo el de las prescripciones, de mandatos respaldados por amenazas, sino que también posee un componente ideal. La apuesta constitucionalista queda bien sintetizada cuando A. García Figueroa nos dice que ésta puede entenderse a través de dos «épicas de los principios»⁹⁶⁰. Entre ellas, la que aquí debe atenderse es la llamada épica en la teoría del derecho que configura nuestros derechos como normas de principio y por ello *prima facie* o derrotables. Ahora bien, aunque ello capte el núcleo de la cuestión, lo que en todo caso sigue quedando en pie es cómo caracterizarlos, que aboca a una polémica de primer orden en la teoría de las normas. En lo que sigue, intentaré destacar, entre sus caracterizaciones relevantes, aquella que estimo sirve para articular el imperio de la Constitución que aquí vengo reconstruyendo. Antes, cabe hacer algunas anotaciones preliminares.

Aunque los juristas utilicen con regularidad el vocablo «principio» para referirse, sobre todo en la actualidad, a una especie del género norma lo cierto es que se trata de una de las expresiones más escurridizas, que posee un gran número de connotaciones diversas⁹⁶¹. Connotaciones que en algunas ocasiones se solapan entre sí y en otras no⁹⁶². Teniendo en mente me gustaría avanzar alguna distinción. La primera

⁹⁶⁰ Véase: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*. cit., pp. 103 y ss.

⁹⁶¹ En este sentido: GUASTINI, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, en *Íd. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrar i Beltran, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 142-192, aquí pág. 144; CARRIÓ, Genaro R., “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en: *Íd., Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 1986, pp. 197-233; así como la primera parte del trabajo de: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Los principios generales del Derecho: un mito jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, 1997, pp. 9-24”, esp. pág. 9-11), en éste último, además, se hace un repaso de la acepción en el ámbito lingüístico, filosófico y jurídico.

⁹⁶² Por ello, la advertencia de que ‘cualquier indagación a este respecto debería indicar en qué sentido de los muchos posibles va a utilizarse el término’ [BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, cit., pág. 357, nota al pie núm. 163] capta un problema relevante. Para algunos, su versatilidad, el abuso que de ellos se hace como ‘panacea universal’, puede atribuirse a que de ellos «mucho se habla y poco se precisa» [DIEZ-PICAZO, Luis, “Presentación” en: LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. De L. Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1985, pp. 13-16, aquí pág. 14 (v. or. *Richtiges Recht. Grundzüge einer rechtsethik*, Manchen, Beck, 1979)]. Hay quienes denuncian un ‘pôtpourri’ de concepciones dispares a propósito de los mismos. Muestran su perplejidad ante las entidades, reales o imaginarias, cualificadas de las más disparatadas propiedades’. [Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992, aquí p. 20 y ss. En sentido similar, en: “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996, pp. 41-48, aquí pág. 41]. Con todo, parece que lo que está en el centro de

que habría que tener presente es la que se hace entre principios explícitos e implícitos⁹⁶³. Como su nombre lo indica, los principios explícitos son aquellos que han sido consignados en alguna disposición o texto normativo. En España, es frecuente señalar como ejemplo el artículo 14 de la Constitución española que recoge el «principio de igualdad ante la ley» (aunque aún aquí hay cierta polémica). Lo que intento señalar, en cualquier caso, es que el hecho de su «positivización» no significa que desaparezcan los problemas a ellos vinculados –tales como su vaguedad, generalidad o carga axiológica–. Lo importante aquí es que al poder ubicarse en algún texto, en alguna fuente del Derecho, proporciona una base para afirmar su «existencia» o «incorporación» al Derecho. Los principios implícitos, por su parte, serían aquellos que no aparecen expresamente reconocidos en disposición o texto normativo alguno. No encuentran formulación lingüística que les de soporte y, en este sentido, no ‘existirían’ como los primeros. Los principios implícitos son ‘producto’ o ‘fruto’ de algunas operaciones –lógicas o interpretativas– por las cuales se obtienen normas a partir de otras normas⁹⁶⁴.

A pesar de que pueda dudarse de que tales normas ‘formen parte’ del Derecho, se tienen generalmente como fuente por los operadores jurídicos. La distinción

la discusión es su sub-determinación o el discutible carácter jurídico de este tipo de normas. Cuando se denuncia que éstos remiten a ‘entidades reales o imaginarias’ es porque o bien se les asigna una fuerte carga ontológica, de ‘cosas’; o bien porque resultan de difícil comprobación empírica.

⁹⁶³ Véase, por ejemplo: WRÓBLEWSKY, Jersy, “El papel de los principios del derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica” en: *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de J. Igartúa y F. J. Ezquiaga, México, Fontamara, 2001, pág. 206 y ss.

⁹⁶⁴ La cuestión que dejo intencionalmente abierta aquí es quién realiza tal operación. En el esquema positivista de *Normative Systems*, los profesores argentinos C. Alchourrón y E. Bulygin conciben los principios como ‘normas de carácter reformulatorio’ (Véase: *Introducción a la metodología de las Ciencias Sociales*, cit., pp. 124 y ss). Ahí, se habla de reformulación del sistema cuando la Ciencia Jurídica procede a racionalizar una parte del Ordenamiento –a extraer normas cada vez más generales– con la finalidad de eliminar las redundancias y el casuismo (la proliferación de normas). Aquí la ‘gravitación’ de los principios no consiste en subsanar lagunas o incoherencias del sistema pues ello requeriría la modificación del sistema que sólo compete al legislador. Y sostienen: ‘si lo que se pretende, como en el caso de la jurisprudencia de conceptos por el contrario, es sacar nuevas normas (nuevas consecuencias normativas) por medio del método de la construcción jurídica, que no va más allá de la definición y análisis de los conceptos jurídicos. Semejante pretensión o es vana, si no se trata más que de una formulación explícita de las normas que ya están implícitamente en el sistema, o transgrede los límites de la función cognoscitiva de la ciencia, al invadir el terreno de la creación del derecho, que es función política que compete al legislador’. (Véase: *Introducción a la metodología de las Ciencias Sociales*, cit., aquí pág. 128). Sin embargo, como observa atinadamente A. GARCÍA FIGUEROA (*Principios y positivismo jurídico. El no-positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, prólogo de L. Prieto, Madrid, CEPC, 1998, aquí pág. 136) a los principios generales del Derecho generalmente se les asigna la función de colmar lagunas normativas lo que contradice este esquema porque ya no sería la ciencia jurídica sino los operadores jurídicos – particularmente el juez– quien lleve a cabo dicha función.

principios-explicitos/principios-implícitos podría completarse con otra consideración que atienda al hecho de si *deberían* considerarse o no Derecho positivo. Esta sería ya una suerte de convención interpretativa de un determinado sistema. A su tenor, se podría incluir o excluir del sistema a los principios implícitos. En el primero de los casos, tanto principios explícitos como implícitos se consideran que forman parte del Ordenamiento. Ambos serían, a su manera, sistémicos. En el segundo, únicamente se considerarían sistémicos los que expresamente han sido consignados, los que han adquirido ‘entidad real’ en textos normativos. Visto con atención, el problema es dónde situar la divisoria entre principios implícitos y extra-sistémicos (si es que ello es posible⁹⁶⁵). También, debe observarse que trasladan el centro de decisión al juez con la idea de que “hay principios”, “hay normas” no-positivadas para la decisión judicial. Estos son a mi juicio los grandes problemas (o virtudes) que les acompañan: que difuminan los límites del Derecho al asignárseles ‘propiedades’ que son reacias a su identificación institucional; que proporcionan poder al juez. En lo que sigue me referiré a los principios generales del Derecho porque estimo que puede iluminar algunos aspectos de sus caracterizaciones más actuales.

2.1 PRINCIPIALISMO «DE LOS ANTIGUOS»

La problemática relativa a los principios, pienso, puede abordarse con provecho a la luz de la vieja problemática de los principios generales del Derecho. Ante todo, debe dejarse en claro que no se trata de una discusión idéntica a la contemporánea⁹⁶⁶. Dicho esto, se recordará que la problemática aludida suele situarse en la época de la incorporación en códigos de los “principios generales del Derecho” como fuente supletoria de la ley. Con ella, en efecto, se suscitó la cuestión de si se trataba de principios del Ordenamiento, de principios sistémicos; o, por el contrario, de

⁹⁶⁵ Un criterio de diferenciación propuesto por L. Prieto (*Sobre principios y normas*, cit., pág. 131 y ss.) señala que mientras los primeros encuentran respaldo en disposiciones normativas concretas, los segundos prescinden de ellas. Es decir, intentan incardinarse en nociones más evanescentes: doctrinas morales o políticas que suponen subyacen al Orden jurídico, «naturaleza de la cosa», Constitución material, entre otras.

⁹⁶⁶ No obstante, debe decirse que no hay identidad en ambas polémicas. En tal sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los principios generales del Derecho” en *Íd., Apuntes de teoría del Derecho, Madrid, Trotta, 2005*, pág. 205. También RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *Los principios generales del Derecho*, prólogo de M. Segura Ortega, Universidad de Santiago de Compostela, 2008, pág. 13.

principios del Derecho natural. Es en este contexto donde nos encontramos con un planteamiento tan influyente el de Giorgio Del Vecchio. Del Vecchio criticó la postura dominante entre los juristas de su época consistente en una visión positivista de los preceptos que remitían a aquéllos⁹⁶⁷. Para él, no habría diferencia alguna entre las distintas formulaciones (principios ‘positivos’/ principios de ‘Derecho natural’) pues consideraba que cuando algún Código Civil, como el italiano o cualquier otro, hiciera referencia a los principios generales del Derecho, en realidad, hacía referencia a «elementos *éticos* del derecho que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes para todos los pueblos»⁹⁶⁸. En efecto, los principios representan para el autor italiano «una fuerza viva que domina todos los sistemas y actúa sobre la estructura de éstos, haciendo que se modifiquen o evolucionen según los principios eternos de la Justicia, inherentes a la naturaleza humana»⁹⁶⁹. A reserva de lo que se dirá más adelante, con estas pocas líneas bien podría sintetizarse la visión del iusnaturalismo ontológico: que existe un Derecho superior allá afuera, dispuesto a ser descubierto.

En todo caso, lo que Del Vecchio arguye es que la interpretación positivista de un precepto de este tipo no puede sostenerse y que ello es particularmente cierto en el caso del Ordenamiento jurídico italiano, dada la influencia que ejerce en él el Derecho romano. Esta referencia es importante pues el Derecho romano tiene su base histórica en la idea de Derecho natural, en la *naturalis ratio*, lo que haría imposible la desconexión entre ambos. Que el Derecho italiano se haya formado bajo tal influencia podría comprobarse, nos dice Del Vecchio, no solo en los trabajos preparatorios del Código sino también en el hecho de que dicha legislación se inspira en su mayor parte, en lo relativo al Derecho privado, en el Derecho romano (todo el cual se desarrolla en torno a la idea de la *naturalis ratio*) y, en el caso del Derecho Público,

⁹⁶⁷ ‘Los intérpretes contemporáneos -escribe- están de acuerdo, casi sin excepción, en declarar que por ‘principios generales del derecho’ no deben entenderse los principios del Derecho natural’. Véase: DEL VECCHIO, Giorgio, “Sui principi generali del diritto”, *Archivio Giuridico*, vol. LXXXV, 1921 [trad. de J. Osorio Morales y prólogo de F. Clemente de Diego, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 3^a. ed., 1971, por donde se cita, aquí pág. 43]. Según F. Clemente de Diego, en el prólogo que acompaña la edición castellana, el trabajo del autor italiano no es una ‘simple investigación’ sobre los principios generales del Derecho, sino un trabajo específico sobre los principios invocados en la disposición del Código civil austriaco que ‘devino positivista’, a pesar de haberse inspirado claramente en los principios de derecho natural (*natürliche Rechtsgrundsätze*). Se trata, en definitiva, de un estudio sobre el sentido específico que debía dársele a la frase principios generales del Derecho ahí contenida. (Ibid., aquí pp. 16-18.)

⁹⁶⁸ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., aquí pág. 48

⁹⁶⁹ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., pág. 138.

su inspiración estaría en los sistemas constitucionales de Inglaterra y Francia. Nuevamente esta referencia es importante porque tales sistemas tienen como sus respectivos documentos fundamentales la *Bills of Rights* y la *Declarations des droits*, que para el filósofo italiano, «son expresiones típicas y genuinas del *jus naturae*»⁹⁷⁰.

Ahora bien, una vez que establecida por el autor tal conexión –i.e., entre principios y moralidad–, podríamos preguntarnos ¿qué principios formula? Entre los principios mencionados por Del Vecchio, destacan, a mi juicio, el ‘principio del respeto debido a la personalidad humana’ y el de su ‘igualdad fundamental’. El primero es un principio iusnaturalista que el sistema italiano habría adoptado –que habría adoptado, ojo, «no obstante no se haya hecho mención expresa de él»– y del cual derivan «otros derechos, tampoco formulados, y sin embargo no menos eficaces en el orden positivo»⁹⁷¹. Del segundo afirma que preexiste, constituyendo «la base y el espíritu que anima la organización jurídico positiva» y que puede comprobarse por «el hecho de que ‘la libertad es siempre regla general’ y, por el contrario, las restricciones necesitan una justificación positiva»⁹⁷². Asimismo, el autor señala que la aplicación los principios exigen determinadas cualidades de los juristas y, especialmente, del juez. Para aplicar los principios el juez debe, según Del Vecchio,

«dominar y casi dar vida de nuevo a todo el sistema, sentir su unidad espiritual, desde las premisas remotas y tácitas hasta los preceptos más insignificantes, como si fuese autor de todo ello y por él hablase la misma ley; en este sentido podríamos hacer nuestro el sublime ideal que inspiraba a Aristóteles definiendo al juez como lo justo viviente»⁹⁷³.

Con todo, debe decirse que si bien Del Vecchio hace concesiones a cierto objetivismo moral, a veces también parece tomar distancia de un planteamiento

⁹⁷⁰ Cf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., pág. 71. La idea de Derecho natural, escribe, es «de esas que acompañan a la Humanidad en su desenvolvimiento; y si, como no pocas veces ha ocurrido –sobre todo en nuestro tiempo–, algunas escuelas pretenden negarla o ignorarla, aquella idea se reafirma vigorosamente en la vida» (*Ídem.*).

⁹⁷¹ Cf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., aquí pág. 95. Del Vecchio formula, entre otros, los siguientes principios de Derecho natural: el valor absoluto de la persona humana; el principio de la libertad; el principio de soberanía de la ley como expresión de la voluntad general; el principio de igualdad ante la ley; el principio de la división de poderes.

⁹⁷² DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., aquí pág. 95.

⁹⁷³ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., aquí pág. 62. La cita no tiene desperdicio pues nos muestra, pienso, un «juez Hércules» *avant la lettre*.

típicamente jusnaturalista. Así, por ejemplo, cuando no priva de validez a las normas legales que vulneran –sea cual sea– el *jus naturae*. Es más, el profesor italiano es consciente de que las normas jurídicas bien pueden contradecir o anular aquellos principios inmutables derivados de la razón y que, no obstante, no existe potestad judicial para «contravenir las normas precisas de la ley»⁹⁷⁴. Esto es paradójico. Contra lo que parecería seguirse de sus planteamientos, Del Vecchio sostiene que «al reconstruir el sistema jurídico positivo y en especial al aplicarlo judicialmente, el intérprete debe atenerse a las leyes tal como son y no como deberían ser según los puros principios»⁹⁷⁵. De la misma forma, es consciente que la garantía de la libertad sólo existe en aquellos Estados que han asumido la fórmula concreta del Estado de Derecho, temiendo la posibilidad de una regresión hacia una suerte de *aequitas cerebrina* de seguirse un principialismo desbocado. Este es un escenario claramente rechazado por el autor.

Esto último es el punto final que me gustaría destacar. Del Vecchio termina señalando en su escrito que si bien los principios de libertad e igualdad de los individuos han sido ideas directrices de la escuela del *jus naturae* –o de su evolución secular–, ahora ya no sería así en sentido estricto. Esto es, ya no se trata de algo externo al Ordenamiento jurídico, una suerte de Derecho «supra-legal». Lo más interesante que es que ello le resulta particularmente cierto en los Ordenamientos de nuestra órbita cultural. Para Del Vecchio, en efecto, aquellos principios de libertad e igualdad iusnaturalistas terminaron «migrando» a las Constituciones de los Estados civilizados. Ideas típicamente jusnaturalistas terminaron por aparecer, según dice, «a plena luz cuando, habiendo llegado a un alto grado de elaboración teórica y alcanzado preponderancia en la conciencia pública, entraron a formar parte de las modernas Constituciones de los Estados civilizados»⁹⁷⁶. Quizá pueda conjeturarse que con ello, con esta suerte de ‘incorporación’, Del Vecchio vislumbraba la solución a algunos de los problemas que los principios, por esa carga ideal o metafísica, plantean siempre al Derecho positivo. Pero es claro que aquí no acaba la virtualidad de los mismos.

⁹⁷⁴ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., aquí pág. 52.

⁹⁷⁵ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., pág. 119.

⁹⁷⁶ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., aquí pág. 86.

Como se ha destacado a menudo, los principios parecen también concesiones a algunos postulados de teorías de corte «sociológico» o «realistas»⁹⁷⁷ porque tienen una carga profundamente «antiformalista»⁹⁷⁸. Ello es así por dos motivos: por un lado, porque los principios proporcionan cierto margen para la «actividad creativa» del juez. Por otro, porque hacen «permeable» el Derecho a concepciones morales o políticas vigentes en una sociedad determinada. Esto es sumamente importante a los efectos de la visión constitucionalista que aquí se defenderá. La conexión con una visión menos abstracta del Derecho se advierte también en la importancia que estos enfoques otorgan a la actividad judicial así como a la experiencia jurídica cotidiana. Dicho de otra forma, su espacio predilecto e idóneo es el del «Derecho en acción». Los principios han propiciado, en alguna medida, un acercamiento con la forma en que los teóricos del Derecho de tradición angloamericana desarrollan su tarea. Ahí la labor del juez —el proceso judicial *lato sensu*— ocupa un lugar central; lugar que también ha venido adquiriendo progresivamente en el ámbito continental.

Por ello pienso que aquí resulta oportuno destacarse como un antecedente interesante, la caracterización que de principios y *legal standards* hiciera R. Pound. En su teoría del Derecho sociológica [*sociological jurisprudence*] puede advertirse el

⁹⁷⁷ Evidentemente que estoy haciendo aquí una simplificación pues dichas escuelas recibieron tratamientos específicos a cada lado del atlántico. Vale, en este sentido, la advertencia de L. HIERRO (Véase: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, 2ª. ed. revisada y abreviada, Madrid, Iustel, 2009, aquí pág. 59-60) sobre la dificultad de señalar límites entre las denominadas escuelas realistas y la jurisprudencia sociológica. De ahí que pueda señalarse, desde un punto de vista general, las aportaciones sociológicas, psicológicas, pragmatistas y empiristas se fueron entremezclando paulatinamente en un amplio movimiento antiformalista que supone una crítica, generalmente compartida aunque no expresada, de los supuestos epistemológicos de la ciencia jurídica positivista. Véase también:

⁹⁷⁸ Esto se destaca a menudo. Un ejemplo: según R. Poscher el recurso a los principios constituye, sobre todo, una acertada crítica a las teorías positivistas en la aplicación del Derecho. Y aunque su desarrollo en el ámbito alemán y anglosajón no corra en paralelo o tenga las mismas causas, muestra un parecido sorprendente. En Alemania, nos dice el autor: “se trató de una reacción ante el endurecimiento, pero también —y en especial— ante la estatización de la jurisprudencia de conceptos, y en conexión con las ciencias sociales, que se establecía ya como disciplina, se formó a finales del siglo XIX una crítica radical a las metodologías tradicionales. La imagen del juez como una ‘máquina de subsumir’, con la que se había calmado la demanda de justicia estatal de la ciudadanía, se revisó en un plano metodológico y fue ‘desenmascarada’. La crítica arreció hasta llegar a los programas de escepticismo jurídico de la Escuela del Derecho Libre, que rechazaron ampliamente la determinación del derecho y desarrollaron modelos alternativos de aplicación del derecho, en su mayoría de corte sociológico o psicologizante.”. Ver: POSCHER, Ralf, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, [hay trad. cast. de D. Oliver-Lalana, “Aciertos y errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios” en: J. R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 71-92, por donde se cita, aquí pág. 73].

germen de algunos de los planteamientos principialistas más influyentes en la actualidad. Particularmente, porque este autor trazó una distinción amplia del material autoritativo en la que sobresale la individualización clara de algunas normas como reglas y otras como principios. Tal distinción guarda similitudes con la que después realizara R. Dworkin⁹⁷⁹; si bien, el abanico de elementos que integran el discurso jurídico es más amplio en Pound que el de este último. Pero sus planteamientos son diferentes. Pound concibe al Derecho en sentido funcional e instrumental, esto es, como «una forma altamente especializada de control social en una sociedad organizada y políticamente desarrollada –un control social mediante la sistemática y ordenada aplicación de la fuerza de una sociedad»⁹⁸⁰. Se trata de un enfoque eminentemente pragmático. No obstante, aquí interesa destacar, al hilo de lo señalado, ese aspecto de su obra en relación con los principios.

Pues bien, este autor va a cuestionar a la teoría del Derecho analítica [*Analitical Jurisprudence*] por su estrechez en la forma de abordar el fenómeno jurídico que sería «en todos sus significados un asunto práctico»⁹⁸¹. A juicio del profesor de Harvard, la disfuncionalidad de aquella radica en que concibe al Derecho como un cuerpo de reglas de conducta y nada más. No logran advertir que éste es más complejo pues no sólo consiste en «un agregado de leyes, de reglas en sentido estricto

⁹⁷⁹ Sobre sus semejanzas pueden verse: COTTERRELL, Roger, “The Problem of Creative Judge: Pound and Dworkin”, en Íd., *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction of Legal Philosophy*, Butterworths, London & Edinburg, 1989, pp. 150-158; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, cit., pp. 127-130; ARJONA, César, “Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias”, *Doxa*, núm. 23, 2003, pp. 387-415, p. 393 y ss.

⁹⁸⁰ Como se sabe, la obra de Pound es prolija. No obstante, en: “My Philosophy of Law”, en: *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, J. Rosenthal Foundation, Northwestern University, 1941 [trad. de P. Casanovas, “Mi filosofía del Derecho” en: P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 303-314, aquí pág. 303], el autor hace un repaso general de su teoría del Derecho. Sobre las líneas generales de su programa teórico, pueden verse: “The need of a Sociological Jurisprudence”, *Green Bag*, v. 19 (1907), pp. 607-615; y “Legislation as Social Function”, *American Journal of Sociology*, núm. 6, vol. 18, (1913), pp. 755-768. El trabajo de MORENEO PÉREZ, José Luis, “La ‘jurisprudencia sociológica’ de Roscoe Pound: la teoría del derecho como ingeniería social”, en: Pound, Roscoe, *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada. Comares, 2004, pp. IX-LXXXIII, resulta también útil como guía.

⁹⁸¹ POUND, Roscoe, “Mi filosofía del Derecho”, cit., pág. 305. Abundando nuevamente con R. Poscher: “el realismo jurídico americano –en lo fundamental- defendió un programa similar al de la escuela del derecho libre y, al igual que ésta, reaccionó frente a la hipertrofiada pretensión metodológica de una concepción del derecho centrada en los conceptos jurídicos, que en los Estados Unidos dominaba la teoría y la praxis bajo la bandera del formalismo. También la reacción norteamericana se vinculó con la indeterminación del Derecho y evolucionó en las variantes radicales del realismo jurídico, hacia un amplio escepticismo jurídico”. (Véase: POSCHER, Ralf, “Aciertos y errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios”, cit., aquí pág. 73)

[*rules in the narrower sense*], de manera análoga a las provisiones del código penal», sino que también lo integran «preceptos, una técnica de autoridad de desarrollo y de aplicación de los preceptos, y un cuerpo de ideales recibidos como finalidad o propósito del orden jurídico, y de ahí, también por aquello que los preceptos jurídicos deberían ser y por el modo que deberían ser aplicados». Adviértase el paralelismo de esta crítica con la que posteriormente hará R. Dworkin contra H. L. A. Hart. En este sentido puede decirse que Dworkin comparte la empresa de R. Pound: destacar o acentuar aquellos elementos que permiten apreciar el fenómeno jurídico en su flujo continuo, a través de la interpretación⁹⁸².

Ahora bien ¿qué entiende por reglas y por principios? y, de forma más general, ¿cómo clasifica material normativo? Las reglas para R. Pound son, tal y como avanzamos, «preceptos que asignan una consecuencia jurídica definida y detallada a una situación de hecho o estado de cosas definido y detallado»⁹⁸³. Los principios, por otro lado, son «puntos de partida de autoridad para el razonamiento jurídico»; se caracterizan por «no asigna[r] ninguna consecuencia detallada y definida a un estado o situación de hecho definida y mucho menos detallada. Proporcionan la base para el razonamiento cuando sobreviene y es sometida a consideración una situación que no está regulada de forma precisa, e indican asimismo qué disposición debería tomarse para la solución»⁹⁸⁴. Con frecuencia, nos dice quien fuera *Dean* de Harvard, son empleados de forma legítima en aquellos casos que no se encuentran cubiertos o a los que no les resultan claramente aplicables las reglas, encontrando en la doctrina sus mejores formulaciones. «Que nadie deba enriquecerse injustamente a costa de otro»; o que «la responsabilidad es el corolario de la falta» son dos ejemplos de principios, según Pound⁹⁸⁵. En su planteamiento parece que tanto reglas como principios son, en un sentido más amplio, normas. No así otro tipo de preceptos tales como las ‘concepciones’ [*conceptions*] y ‘criterios jurídicos’ [*legal standards*].

Considero que ello es así porque las concepciones jurídicas para Pound son más bien «categorías definidas por medio de la autoridad en cuyo ámbito pueden plantearse los casos con el resultado de ciertas reglas, principios y criterios que

⁹⁸² Cf. COTTERRELL, Roger, “The Problem of Creative Judge: Pound and Dworkin”, cit., p. 151.

⁹⁸³ POUND, Roscoe, “Mi filosofía del Derecho”, cit., pág. 310.

⁹⁸⁴ *Ibidem*.

⁹⁸⁵ Cf. “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, pp. 483-484.

devienen aplicables. Entre ellos se encontrarían el fideicomiso [*trust*], la compraventa [*sale*] y la fianza [*bailment*], que ocurrirán de una sola vez en esta conexión»⁹⁸⁶. Los criterios jurídicos, por su parte, son «medidas definidas de conducta para ser aplicadas de acuerdo con las circunstancias a cada caso, y conllevando la responsabilidad para responder por los daños resultantes en caso de que se produzca alguna desviación de los límites del criterio. No se dispone para ello de ningún estado de cosas definido y no está prescrita ninguna consecuencia definida y detallada»⁹⁸⁷. Ejemplos de criterios jurídicos serían el cuidado debido, el de conducta honrada por parte del fiduciario, el de prestaciones razonables [*reasonable facilities*] impuesto en el servicio público»⁹⁸⁸ o en el Derecho civil el de diligente y buen padre de familia⁹⁸⁹.

Es aquí donde las posturas de R. Dworkin y R. Pound se aproximan de forma más clara. Los *legal standards*, tal y como los concibe el segundo, tampoco se corresponden con las reglas, al representar «límites generales a la conducta permisible para ser aplicados de acuerdo a las circunstancias del caso»⁹⁹⁰. Son preceptos en los que «siempre hay cierta calidad ética y que se deben aplicar según las circunstancias, como en el caso de preceptos puramente morales»⁹⁹¹. Independientemente de que pueda hacerse una analogía entre los principios de ambos autores, al tratarse de normas que no asignan consecuencias definidas y su calidad ética; considero más apropiado equiparar los principios de Dworkin con los *legal standards* de Pound. Y lo considero así porque estos últimos son normas que expresan ‘dimensiones de moralidad’, preceptos que, tal y señalara el realista jurídico, «no se aplican de forma absoluta, como las reglas en sentido estricto, sino a la vista de circunstancias fácticas»⁹⁹². De tal forma que tanto principios como criterios jurídicos resultan muy

⁹⁸⁶ POUND, Roscoe, “Mi filosofía del Derecho”, cit., pág. 310.

⁹⁸⁷ *Ídem*.

⁹⁸⁸ POUND, Roscoe, “Mi filosofía del Derecho”, aquí pp. 310-311.

⁹⁸⁹ *Cf.* “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, cit., pág. 485.

⁹⁹⁰ *Ídem*. (énfasis añadido)

⁹⁹¹ *Ídem*.

⁹⁹² *Cf.* “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, cit., pág. 485. No estoy de acuerdo, por tanto, con la afirmación de ARJONA, César (“Afinidades entre Dworkin y Pound, cit., pág. 395) de que no haya indicios en Pound sobre la distinta forma de aplicación de las reglas (la forma todo o nada) respecto a los principios. Por otra parte, creo que las diferencias entre ambos pueden resumir en dos aspectos. Por un lado, sus críticas se dirigen a ‘blancos’ distintos: en el caso de Pound, contra la escuela analítica en las versiones de J. Bentham y J. Austin. En el caso de Dworkin, contra H. L. A Hart que representa una de las versiones (o la versión) más refinadas de aquella. Por el otro, tal y como señala R. Cotterell, el aparato teórico y filosófico de Dworkin es más refinado que el de Pound.

útiles para entrelazar el ámbito de lo normativo con las concepciones sociales vigentes⁹⁹³.

El anterior planteamiento fue seguido en el ámbito continental por J. Esser, en su *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956). Sin duda, se trata de uno de los antecedentes más importantes en la problemática que nos ocupa. Esser puso especial énfasis en el papel de los *Principia iuris* para la creación del Derecho por parte de la judicatura, contrastando la práctica jurídica continental con la tradición del *Common Law*, para enfatizar de inmediato que esta última sí reconocía autoridad a los jueces para la creación de *principles y rules*⁹⁹⁴. Creo que no resulta exagerado afirmar que con ello anticipa, al menos en parte, el giro principialista que se ha ido produciendo en el Derecho continental europeo. Otro aspecto digno de mención es que el buscó, y así lo dice explícitamente, una vía intermedia a la dialéctica positivismo vs. jusnaturalismo. Sostuvo entonces algo que estimo sigue teniendo actualidad. Para él, la formación de «un nuevo Derecho por principios» debe librarse «tanto del optimismo positivista acerca del sistema vigente como también de la especulación iusnaturalista, cuyo objetivo es afirmar la existencia de un sistema estático de derecho natural previamente dado, ‘más allá’ de los elementos formativos históricos de los ordenamientos positivos»⁹⁹⁵. Su planteamiento reviste particular interés por lo que detendré un poco más en su análisis.

El profesor alemán destaca y crítica el hecho de que la doctrina europea se aferrara a la descripción o sistematización dogmática de las instituciones legales como si representaran ‘todo el Derecho’. En línea de los realistas jurídicos norteamericanos, para Esser el Derecho codificado representa sólo una categoría dentro de los factores y materiales que intervienen en él. El Derecho no está, no radica sólo, en un *corpus*

⁹⁹³ *Ibidem.*, aquí pág. 486.

⁹⁹⁴ ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubingen, Paul Siebeck, 1956 [trad. cast. de E. Valentí Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, trad. de Bosch, Barcelona, 1961, por donde se cita, aquí pág. 23] Ese contraste resultaba de especial interés para Esser, pues consideraba a aquella tradición jurídica «debemos el ensanchamiento de los horizontes que supone habernos liberado del monopolio del poder legislativo político, el desarrollo de una ‘escuela analítica’ sociológica de la jurisprudencia, que ha aplicado con todo rigor el programa de una *recherche clinique* de la creación judicial, y que, por encima de esto, considera de modo general al derecho no como una continuidad estática, sino, desde el punto de vista de la profesión judicial, como algo que se encuentra siempre *in statu nascendi*, estudiándolo, pues, tal como ‘opera’ (*Ídem.* aquí pág. 24). Aquí se aprecia de forma clara la influencia de autores como R. Pound en la obra del profesor alemán.

⁹⁹⁵ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., aquí pág. 15

iuris dado previamente. De ahí que le resultan particularmente interesantes los principios jurídicos en la medida en que imprimen al Derecho una dimensión casuística. Esa dimensión casuística, observó correctamente, resulta nociva a la idea de *Codex*. Esser constató que cada vez era más frecuente una fundamentación directa de las decisiones judiciales a partir de ‘principios jurídicos generales’. Esto es muy importante porque hay una parte de su análisis que no puede, a mi juicio, ser más claro de sus implicaciones. Para Esser se estaba asistiendo a una crisis del positivismo legalista continental basado precisamente en la idea de Código⁹⁹⁶. Esa crisis consistía en que el centro de gravedad del discurso y la práctica jurídica se iba desplazando lentamente desde el sistema codificado a una suerte de casuística judicial orientada por principios⁹⁹⁷. Con ello se fue desvaneciendo paulatinamente ‘la fe’ en la autoridad del legislador; fue desmoronándose parte del milagro de la codificación⁹⁹⁸.

Aquí hay otro elemento a rescatar en el planteamiento del principialismo de los antiguos: su ligazón a la ‘casuística’. Ello es así, por supuesto, cuando se conciben como *topoi*; como «puntos de vista discrecionales de la estimación jurisprudencial, base legal y autorizada para la argumentación»⁹⁹⁹. Cuando se les considera dictados de la razón, del *common sense*, que, actuando en el sentido de la retórica antigua («tópicos», «lugares comunes», «fórmulas», «clichés de aceptación general»), sirven

⁹⁹⁶ De manera análoga Gustavo Zagrebelsky habla en su *Il diritto mite* del “final de la omnipotencia de la ley”, Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*. cit., aquí pág. 148.

⁹⁹⁷ Uberto Scarpelli, observó también algo parecido en su “Dalla legge al codice, dal codice a principi” donde señaló que el derecho principializado es, fundamentalmente, un derecho de los jueces. Según el autor italiano las declaraciones de derechos, y gran parte de las cartas constitucionales contemporáneas se han visto ‘recargadas’ de ‘principios abiertos proyectados hacia el futuro para servir de guía a través de distintas interpretaciones y adaptaciones, ante problemas y dificultades y conflictos siempre nuevos. Ello produce, nuevamente, un acercamiento del sistema a un sistema de *common law*, capaz de dar vida a una tradición basada en una fidelidad no rígida a los precedentes, con una racionalidad que no es de la razón ‘artificial’ de un legislador democrático, sino la de una razón histórica en la que confluyen en palabras de Coke, ‘muchos hombres doctos y severos’, esto es, los jueces. Véase: SCARPELLI, Uberto, “Dalla legge al codice, dal codice al principi” *Rivista di Filosofia*, núm. 78, 1987.

⁹⁹⁸ Cf. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pp. 32-33. En este sentido, Ramos Pascua, José Antonio, (“El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, 1992, pp. 269-290, aquí pág. 278) advierte también que en el núcleo de la obra de Esser está la crítica a la ‘simplista concepción jurídica del positivismo legalista continental’. Ahora bien, al igual que con Pound, existen diferencias importantes entre Esser y Dworkin: mientras este último se vale de desarrollos contemporáneos en materia moral, esto es, del constructivismo (rawlsiano) o, también de la tesis de la única respuesta correcta, parece claro que el primero no. Véase: CALSAMIGLIA, Albert, “¿Por qué es importante Dworkin?”, *Doxa*, pp. 159-165, aquí pág. 165.

⁹⁹⁹ Cf. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pág. 27.

de puntos de ataque «retóricos» de la argumentación¹⁰⁰⁰. Nuevamente aquí no hablamos de «normas en sentido técnico» en tanto no contienen instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requieren la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones¹⁰⁰¹. El principio para la concepción continental, nos dice Esser, no es en sí mismo una ‘instrucción’ sino «causa, criterio y *justificación* de ésta»¹⁰⁰². Y a pesar de que «a duras penas puedan fundamentarse en la ley», siempre forman parte del conjunto del Derecho según la *communis opinio doctorum*¹⁰⁰³. De tal forma que bien puede decirse que la imposibilidad de precisar sus casos de aplicación es, para Esser, lo que les distingue.

En estas últimas afirmaciones puede advertirse el carácter oscilante de su planteamiento, motivo por el cual en algunas ocasiones suele ubicársele en la órbita del positivismo y otras no. Según J. A. García Amado, la visión dinámica y pragmática del autor «lo lleva a rechazar el recurso de la práctica a cualquier tipo de Derecho Natural axiomático, a rechazar un iusnaturalismo extremo que haga superflua cualquier legislación positiva, que absolutiza e instrumentaliza una determinada idea de naturaleza humana»¹⁰⁰⁴. En efecto, en algunos pasajes de su libro Esser sostiene que los principios jurídicos adquieren carácter jurídico positivo en tanto son «encarnados en una institución, por un acto constitutivo del poder legislativo de la jurisprudencia o de la vida jurídica»¹⁰⁰⁵. En tal marco, todos los principios jurídicos son elementos del Derecho positivo. Todos tienen tal carácter siempre que hayan obtenido validez en formas concretas del Ordenamiento¹⁰⁰⁶. Pues bien, aquí parece que su planteamiento podría resultar compatible con la tesis

¹⁰⁰⁰ Cf. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pág. 57. Esta adscripción de J. Esser al pensamiento tópico que tiende a anteponer el *problema* al *sistema* -en la línea de T. Viehweg- anticipan aquellos planteamientos que requieren completarse con la articulación de una teoría de cómo esos tópicos van a utilizarse; es decir, con algo así como una teoría de la argumentación. Una excelente presentación del planteamiento de T. Viehweg puede verse en: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 188-161.

¹⁰⁰¹ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pág. 65.

¹⁰⁰² Cf. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pág. 66-7

¹⁰⁰³ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pág. 32

¹⁰⁰⁴ Cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derecho y racionalidad. La teoría de Josef Esser”, AA. VV., *Liber Amicorum. Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1988, pp. 549-571, aquí págs. 550-4. En todo caso, García Amado identifica dos etapas en la obra del autor: en la primera se mostrará más próximo a un iusnaturalismo moderado y en la siguiente, adoptará una posición más crítica respecto a éste (sobre todo en *Grundsatz und Norm*).

¹⁰⁰⁵ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pág. 169

¹⁰⁰⁶ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pág. 171-173.

positivista de las fuentes sociales en la medida en que hace precisa su incorporación histórica en el ordenamiento por medio de actos de autoridades instituidas por él; o, bien, que puedan deducirse de sus propias normas¹⁰⁰⁷.

En otros pasajes, no obstante, utiliza nociones típicamente iusnaturalistas. Su recurso a la «naturaleza de la cosa», a la hermenéutica y la tópica jurídica encuadran mejor en aquella tradición de pensamiento. En el planteamiento de Esser resulta problemático, por ejemplo, que la influencia ideológica de los principios la extraiga de ‘*la naturalis ratio*’, ‘la naturaleza de la cosa’, la ‘*aequitas*’ o la ‘lógica jurídica’. Significativo resulta también que el autor se muestre escéptico al supuesto carácter autónomo de las reglas y las figuras positivas frente a todo lo ‘metajurídico’. Considera que, por más que un sistema de Derecho positivo esté diligentemente diseñado, siempre habrá lugar para ‘verdades pre-jurídicas’, verdades que opera traduciendo lo ético al plano de lo jurídico, en el sentido del Derecho natural¹⁰⁰⁸. La hermenéutica, por su parte, tiene el problema de ser poco proclive al método con su tendencia a la ‘concreción’ y su deriva a-sistemática. Otros en cambio¹⁰⁰⁹, destacan su insistencia en unos principios con validez universal. Dichos principios se manifiestan claramente en cuestiones de justicia, donde puede apreciarse una continuidad de problemas y necesidades universales. La coincidencia que se aprecia en la resolución de tales dificultades no se explica sino porque existen unos mismos postulados de justicia, unos postulados que acaban imponiéndose bajo cualquier sistemática¹⁰¹⁰.

Sería un auténtico despropósito deducir conclusiones generales o, menos aún «definitivas» de la revisión anterior. Pero a efectos de indagar sobre la centralidad de los principios para la ideología constitucionalista considero que podemos destacar de estos desarrollos, que aquí propongo llamar «principalismo de los antiguos» algunas notas que comienzan a perfilar cierta estructura y función que las teorías actuales

¹⁰⁰⁷ En este sentido, por ejemplo, RAMOS PASCUA, José A., (“El fundamento del vigor jurídico de los principios. cit., aquí pág. 278) considera que la versión de Esser no es incompatible con el positivismo hartiano. RUIZ MIGUEL, Alfonso, (“Creación y aplicación judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t., I, nueva época, 1984, pp. 7-31, aquí pág. 14, nota al pie núm. 13) estima que Esser es menos cercana al iusnaturalismo y más próxima a la tradición positivista alemana.

¹⁰⁰⁸ Cf. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pp. 75-77

¹⁰⁰⁹ La plena confianza de Esser en la existencia de una serie de principios universalmente válidos entronca claramente con una de las grandes aspiraciones del iusnaturalismo: la elaboración de una ‘jurisprudencia universal’. En este sentido: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, cit., pág. 124-5.

¹⁰¹⁰ Cf. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, cit., pág. 448.

también predicar a propósito de los mismos. Además de facilitar una visión no-positivista del Derecho, pueden destacarse, a mi juicio, los siguientes aspectos:

- a) los principios son una suerte de puntos de partida para el «razonamiento jurídico», pues, en contraposición a las reglas;
- b) no contienen mandatos, ni detallados, ni definitivos, sino que
- c) ofrecen la «base» o «fundamento» de la decisión. Además de su generalidad o vaguedad, resulta también relevante que se proponga como criterio de diferenciación que;
- d) no es posible precisar los casos de su aplicación.

Esto último sirve para comprender por qué los principios –así vistos o en abstracto– dejan en alguna medida sub-determinado el Derecho, toda vez que no proporcionan guía de conducta específica pero sobre todo porque no establecen las condiciones de su aplicación¹⁰¹¹. Los principios muestran una faz profundamente antiformalista, en franca oposición al ideal legalista de certeza y previsibilidad jurídica. En lo que sigue, me centraré en algunas de sus caracterizaciones más importantes en la teoría contemporánea.

2.2 PRINCIPIALISMO «DE LOS MODERNOS»

A partir del ensayo de R. Dworkin *The Model of Rules* (1967) se ha vuelto un lugar común volver nuestra mirada a una especie del género norma: los «principios»¹⁰¹².

¹⁰¹¹ En una de las esquematizaciones a propósito de los principios (ÁVILA, Humberto *Theory of Legal Principles*, Springer, Dordrecht, 2007, pág. 11 y ss.) los criterios de distinción se ubican en los siguientes planos: a) el aspecto hipotético-condicional de las reglas, basado en el hecho de que presentan la condición y la consecuencia preestablecida a la decisión, que son aplicados de forma *si... entonces...*, mientras que los principios únicamente proporcionan el fundamento al juzgador para que encuentre la norma aplicable al caso concreto; b) el modo de aplicación final, basado en el hecho que las reglas se aplican en términos absolutos, en forma todo o nada, mientras que los principios son aplicados de modo gradual, de forma más o menos; c) la relación normativa, basado en la idea de que las contradicciones entre reglas son verdaderos conflictos, que se resuelven mediante la declaración de que una de las reglas es inválida o creando una excepción a la misma, mientras que las relaciones entre principios consisten en una ‘yuxtaposición’, que se resuelve ‘pesándoles’, asignándoles a cada uno de ellos una ‘dimensión de peso’; d) el fundamento axiológico, que considera que los principios, contrario a las reglas, son fundamentos axiológicos para el fallo a dictar.

¹⁰¹² DWORKIN, Ronald, “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, num. 1, 1967, pp. 14-46. Posteriormente incluido en: *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977 [trad. cast. de M. Guastavino: “El modelo de reglas (I)”, en: DWORKIN, Ronald, *Los*

Como se sabe, en ese trabajo formuló una de las críticas más poderosas al positivismo jurídico de cuño hartiano y a su modelo de reglas¹⁰¹³; provocando, incluso, un cisma a su interior¹⁰¹⁴. Dejando de lado las minucias de esta polémica, considero que parte importante de la crítica principialista se basa en una intuición muy arraigada entre los operadores jurídicos. Dicha intuición no es otra que aquella que se resiste a afirmar que en la práctica jurídica *todas* las normas funcionan igual; o que se aplican de manera tajante. Por lo demás, parece también que al dotar a los principios de una «dimensión de peso» o «importancia», Dworkin rescató la idea de un ‘derecho implícito’ avanzada por Lon L. Fuller. Es decir, cuando las reglas no cubren algún caso determinado o, incluso cubriéndolo no se aplican, el juez no ejercitaría su voluntad discrecional –no estaría ‘legislando’– sino que estaría «re-elaborando» el Derecho a la luz de los *propósitos* que le animan¹⁰¹⁵. Entre otras cosas, esa idea cuestiona precisamente la posibilidad misma de que las normas detallen siempre de modo exhaustivo los supuestos (y excepciones) de su aplicación y que, por tanto, pueda determinarse indubitablemente cuándo un caso estaría gobernado por una regla, no sería sino una mera ilusión¹⁰¹⁶.

derechos en serio, Barcelona, Ariel, 5ª reimpression, 2002, por donde se cita]. Debe advertirse que la traducción tiene el inconveniente de que traduce *rule* como ‘norma’ y no como ‘regla’. Ello podría dar lugar a algunos equívocos.

¹⁰¹³ Según Daniel Mendonca, Daniel, la crítica de los principios hecha por Dworkin a Hart es para la filosofía del Derecho, lo que para la filosofía moral es la crítica de William D. Ross a Kant. (Véase: MENDONCA, Daniel, “Exceptions” en: J. Ferrer y G. B. Ratti, *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford, Oxford, University Press, 2012)

¹⁰¹⁴ En realidad, la crítica al positivismo jurídico de Dworkin son dos. La primera es la crítica de los principios y la llamada “right thesis”; que ha dado lugar a un sin fin de literatura. La segunda, sin embargo, es la más potente con el argumento del contraste con la práctica. El problema que tiene el positivismo para explicar los desacuerdos. Sobre esta cuestión: SHAPIRO, Scott, “The Hart-Dworkin Debate. A Short Guide for the Perplexed”, en: A. Ripstein (ed.), *Contemporary Philosophy in Focus*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55.

¹⁰¹⁵ Lo que Fuller sostiene es que al interpretar la reglas jurídicas habría casos en los que es dudoso que pueda referirse a ellos como ejercicios de creación *ex novo* o legislación por parte del juez. Si hay un derecho implícito, resulta equivoco distinguir lo que la *regla es* de lo que la *regla debe ser*. Véase: FULLER, Lon L., “Human Purpose and Natural Law”, *Journal of Philosophy*, num. 53, 1956, pp. 697-705.

¹⁰¹⁶ En otro trabajo, Dworkin reconoce que él mismo pudo dar pie a este tipo de confusión con al señalar que “el Derecho” no sólo contiene reglas sino también principios. Es decir, que pudo contribuir, a la idea de que el Derecho no es sino un conjunto de estándares concretos que en principio podemos individualizar y contar lo que, a su juicio, no sería sino “una ficción escolástica”. DWORKIN, Ronald M., “Introduction: Law and Moral” en: *Íd.*, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006 [trad. de M. Iglesias e I. Ortiz, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 15]

En aquel trabajo Dworkin trazó su ya famosa distinción *lógica* entre reglas y principios¹⁰¹⁷. Aquí nos vamos a concentrar en estos últimos que divide, a su vez, en principios en sentido estricto y directrices. Los principios «son estándares que han de ser observados porque son una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad»¹⁰¹⁸. No establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas, ni pretenden establecer las condiciones que hacen necesarias su aplicación. Enuncian, nos dice, *una razón* que discurre en una sola dirección más no exigen una decisión particular¹⁰¹⁹. Tienen una cualidad que las reglas no poseen: la dimensión de peso o importancia. De tal forma que

«cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio de respecto de si un principio o directriz es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene»¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁷ Anoto rápidamente la caracterización que hace de las reglas. Para Dworkin la diferencia entre principios y normas [reglas] jurídicas es, pues, una *distinción lógica*. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el resultado. Las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula la regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (DWORKIN, Ronald M. “El modelo de normas (I)” cit., pp. 74-5) Actualizado el supuesto hipotético de una regla, ésta se aplica sin más. Aunque bien es cierto que una regla puede tener excepciones. En la medida en que estas se enumeren con mayor precisión, más completo será el enunciado de una regla. Dworkin sostiene que en los conflictos entre normas, se debate la cuestión de validez, es decir, cuando existe una antinomia entre normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto cual debe ser válida y cual abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden a la norma misma.

¹⁰¹⁸ DWORKIN, Ronald M. “El modelo de normas (I)” cit., p. 61 y ss. Este es el rasgo de los principios dado por Dworkin que dificultan encuadrarlos desde premisas positivistas, independientemente de si él se adscribe o no al iusnaturalismo. En este sentido L. Prieto, cuando sostiene “algunos principios –los de Dworkin– son jurídicos *proprio vigore*, en virtud de su contenido de justicia; y entonces, en la medida en que esta supuesta propiedad se emplee como criterio de distinción respecto de las reglas, su defensa implica una impugnación de la posición positivista; y a la inversa, como en mi caso, su rechazo constituye una toma de postura positivista”. Véase: PRIETO, Luis, “Sobre la separación entre Derecho y Moral y otras cuestiones relativas a los principios. Réplica a José Antonio Ramos Pascua, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, 1993, pp. 545-553, aquí pág. 546.

¹⁰¹⁹ DWORKIN, Ronald M. “El modelo de normas (I)” cit., aquí pág. 76.

¹⁰²⁰ DWORKIN, Ronald M. “El modelo de normas (I)” cit., aquí pág. 77-8

Orientan una decisión en un sentido, aunque no de forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan. No determinan resultados ni se invalidan al colisionar con otros¹⁰²¹.

Una directriz política, en cambio, es un estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social. Que un objetivo sea colectivo significa que con él se estimulan los intercambios de beneficios y cargas de una comunidad, con el fin de producir un beneficio global para ésta en su totalidad. Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o libertad si [tal cosa] tiende a favorecer una decisión política [en virtud de la cual] resultaría favorecido o protegido ese estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esa decisión política no se sirva a ningún objetivo político, incluso cuando se le perjudique¹⁰²². Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo, para Dworkin, puede triunfar frente a un derecho auténtico. Los principios en sentido estricto son proposiciones que describen precisamente derechos¹⁰²³, que no son otra cosa sino «cartas de triunfo frente a la mayoría»¹⁰²⁴. Los argumentos de principio en un juicio se proponen establecer un derecho individual a diferencia de los argumentos de tipo político que tenderán, a su vez, a establecer un objetivo no individualizado o colectivo¹⁰²⁵.

A mi juicio, la presentación de Dworkin de los principios como «triumfos» es consecuente con su liberalismo-igualitario –“rawlsiano”–. Es consecuente también con la idea de que los principios son ante todo límites para la toma de decisiones agregativas. De hecho, en los casos donde vienen a colación –los *Hard Cases*– apelar a ellos es apelar a una razón poderosa para contener o limitar pretensiones de terceros o del Estado. Para el profesor estadounidense no hay duda al respecto: las soluciones de los casos difíciles son, y deben ser, de manera característica, generadas por

¹⁰²¹ DWORKIN, Ronald M. “El modelo de normas (I)”, cit., aquí pág. 89

¹⁰²² Cfr. DWORKIN, R. M. “Los casos difíciles” en: *Los derechos en serio*, cit., pág. 158-9

¹⁰²³ DWORKIN, R. M. “Los casos difíciles”, cit., aquí pág. 150.

¹⁰²⁴ DWORKIN, R. M. “Introducción”, en: *Los derechos en serio*, cit., pág. 37. Véase también “El ensayo sobre Dworkin” de A. CALSAMIGLIA que abre la traducción castellana, aquí pág. 16.

¹⁰²⁵ Este es el punto central de la propuesta teórica de R. Dworkin: la denominada tesis de los derechos, fundada en los derechos individuales. Ella hace énfasis en que los derechos individuales –y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto– son derechos en manos de los individuos que constituyen verdaderos “triumfos frente a la mayoría”.

principios y no por directrices políticas¹⁰²⁶. De ahí que los principios puedan redefinirse, tal y como señalé, como «proposiciones que describen derechos». Así entendidos los principios afirman la prioridad de los derechos defendida tradicionalmente desde posiciones liberales. Como sintetiza M. Kumm, los derechos como triunfos «*rights as triumphs*» articulan la visión antiperfeccionista de la sociedad y del Estado; como escudos, «*as shields*», reclaman su prioridad sobre bienes colectivos o el interés general; mientras que, por fin, los derechos fundan restricciones fuertes que prohíben categóricamente, como «*side constrains*», frente a los intereses públicos que el individuo sea utilizado como medio para la realización de fines comunes¹⁰²⁷.

Creo que con esta simple presentación estoy en condiciones de señalar por qué su concepción de los principios no sirve para la ideología constitucionalista aquí ensayada. No sirve, pienso, por dos motivos fundamentales. En primer lugar porque, a pesar de que su holismo interpretativo está pensado desde y para su «comunidad liberal», su tesis de la «única respuesta correcta» parece requerir del realismo moral al que hemos renunciado¹⁰²⁸. También resulta difícil encajar con el pluralismo valorativo en el que la ideología constitucionalista dice descansar¹⁰²⁹. Por lo demás, y como se

¹⁰²⁶ DWORKIN, R. M. “Los casos difíciles”, cit., aquí pág. 150.

¹⁰²⁷ KUMM, Mathias, “Jenseits des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Grundrechtlicher Strukturpluralismus im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten” [trad. cast. de D. Oliver-Lalana, “Más allá del principio de proporcionalidad. El pluralismo estructural de los derechos fundamentales en el derecho constitucional de los Estados Unidos, en: J. R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*., cit., pp. 273-296, aquí pág. 280 y ss.]

¹⁰²⁸ Como señala J. C. Bayón: “La concepción interpretativa del Derecho de Dworkin gravita sobre una base inestable, de manera que debería o bien aceptar el realismo para contar así con una base ontológica lo bastante robusta como para sustentar su tesis de la única respuesta correcta, o bien aceptar que su teoría, desde luego a su pesar- no representa en el fondo sino una cierta forma (sofisticada) de convencionalismo, lo que debería llevarle al abandono de la tesis de la respuesta correcta”. Cf. BAYÓN, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo, controversia” en: C. Redondo y P. Navarro, *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. aquí pág. 59; sobre los problemas de la tesis de la única respuesta correcta, puede verse: Aarnio, Ailius, “¿Hay respuestas correctas para los casos difíciles? Observaciones sobre el razonamiento jurídico racional”, *Revista de las Cortes Generales*, Núm.53, 2001, pp. 200-222; *Íd.*, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico” *Doxa*, núm.8, 1990, pp. 23-38.

¹⁰²⁹ Véase: DWORKIN, Ronald, “Do Liberal Values Conflict”, en: AA. VV. *The Legacy of Isaiah Berlin*, The New York Review of Books, 2001 [trad. de M. Iglesias e I. Ortiz, “El pluralismo moral”, *Íd.*, *La justicia con toga*, cit., pp. 123-134, aquí pág. 134] donde se refiere al pluralismo valorativo de I. Berlin: “nada es más difícil que articular definiciones de libertad, igualdad, democracia y comunidad y justicia que están conflicto entre sí. Pero poco es más difícil en filosofía que mostrar por qué deberíamos aceptar esas definiciones. No hay ningún atajo para esta demostración. Quizá, después de todo, las concepciones más atractivas de *los principales valores se apoyan mutuamente de la forma correcta*. Todavía no nos han ofrecido razones para abandonar esta esperanza”; o de modo más reciente:

sabe, con la tesis de la única respuesta correcta, central en su pensamiento, Dworkin revive el formalismo más extremo, la idea de un «sistema maestro», completo y coherente¹⁰³⁰. Actualiza la tesis de Montesquieu: el Juez Hércules no es sino «la boca muda que pronuncia las palabras de los principios», según la feliz expresión del profesor Peces-Barba¹⁰³¹. Dicho de otra forma: es la traslación del ideal del legislador racional a otro órgano. Incluso, si se me apura, se trata de una pieza maestra que el ideal del *Rule of Law* requiere; es decir, lo que se precisa para que éste no sea «imposible»¹⁰³². Apuntado esto, y para abreviar, voy a retomar la propuesta de los profesores M. Atienza y J. Ruiz Manero (A&RM, en adelante) toda vez que la misma puede servir para sintetizar las presentaciones que se han hecho a propósito de los principios en la teoría del Derecho contemporánea.

Pues bien, la propuesta de A&RM, con algunos matices, sigue la estela de los autores citados¹⁰³³. Para los profesores de Alicante el universo normativo puede reconstruirse a partir de dos tipos de normas –reglas y principios–¹⁰³⁴. Abandonando el

DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, 2011.

¹⁰³⁰ Como escribe C. Alchourrón: “en el enfoque de Dworkin los principios morales forman parte del derecho, la completitud y la consistencia del Sistema Maestro reaparecen bajo un nuevo ropaje”. Véase: ALCHOURRÓN, Carlos, “On Law and Logic”, *Ratio Juris*, núm. 9, vol. 4, 1996 [trad. cast. de J. L. Rodríguez, “Sobre derecho y lógica”, *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 11-33, por donde se cita, aquí pág. 33]

¹⁰³¹ PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 574.

¹⁰³² De imposibilidad del *Rule of Law* nos habla T. Eindicott.

¹⁰³³ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas” *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 101-120; *Id.*, “Objeciones de principio: respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís”, *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 333-352. Y sobre todo a partir de su libro: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996. El profesor Atienza hace reconocimiento explícito en varias ocasiones. Además de los libros citados anteriormente, véase, por ejemplo, ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 671-687, aquí pág. 676. Por lo demás, su propuesta se ha ido desarrollando y perfilando en sucesivos trabajos que aquí tomaré en cuenta.

¹⁰³⁴ En su esquema, las reglas se caracterizan por que las condiciones de su aplicación se configuran de forma cerrada. De ahí que operen en el razonamiento jurídico justificativo como razones operativas de carácter perentorio o protegido: no será necesario entrar en un proceso deliberativo, hacer un balance, en el que se sopesen razones, los principios, que pueda haber a favor o en contra de una determinada situación (Véase: ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, págs. 6 y ss.) Las reglas pueden subdividirse en reglas de acción y de fin. Las primeras son pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones. Se caracterizan, en su estructura, por poseer un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en donde cabe distinguir dos elementos: una acción (o clase de acciones) y su calificación deóntica como obligatoria, prohibida o permitida. Las segundas, las reglas de fin, se diferencian de las anteriores únicamente en que el consecuente establecen el deber o la permisión no de realizar una determinada acción sino de dar lugar a un determinado estado de cosas (Cf. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación del poder*, Madrid, Trotta, 2000, pág. 16 y ss.) Como razones para la acción, esto es, en el plano funcional, las reglas están

criterio de vaguedad, proponen criterio de distinción estructural: atienden al carácter abierto o cerrado del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica. Dividen los principios en principios sentido estricto y directrices. Los principios correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta. Se caracterizan por configurar los casos de forma abierta y, una vez que han sido determinado los factores relevantes de un *determinado caso*, exigen un cumplimiento pleno. Ordenan la realización de ciertas acciones y guardan una relación analítica o conceptual con cierto estado de cosas a las que se les atribuye un valor último¹⁰³⁵. Como veremos a continuación, y en la medida en que exigen cumplimiento pleno, los principios de A&RM tampoco pueden equipararse a los mandatos de optimización de Alexy¹⁰³⁶. Su uso argumentativo supone para ellos ponderación, pero no discrecionalidad; ordenan realizar una cierta conducta *prima facie* siempre que se tenga oportunidad para ello y, consideradas todas las cosas, si se dan circunstancias que no pueden determinarse de antemano¹⁰³⁷.

Las directrices, por el contrario, estipulan la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para conseguir un determinado fin, por lo que éstas si pueden ser cumplidas en diversos grados. Se trata de «normas programáticas». Su característica principal, nos dicen los profesores de Alicante, radica en que este tipo de pautas configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito¹⁰³⁸. Las directrices ordenan directamente la consecución en el mayor grado posible de ciertos estados de cosas que constituyen objetivos colectivos que se consideran valiosos aunque no con carácter último¹⁰³⁹. Establecen un fin que ha de cumplirse en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y medios disponibles¹⁰⁴⁰. Las directrices, a su vez, se diferenciarían de las reglas

destinadas a que cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones ‘perentorias’ o ‘protegidas’.

¹⁰³⁵ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos*. cit.

¹⁰³⁶ Véase: ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, cit. pág. 676 y ss.

¹⁰³⁷ Véase: ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “La dimension institucional del Derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 115-130, aquí pp. 120-121.

¹⁰³⁸ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, cit., pág. 10.

¹⁰³⁹ Véase: ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “La dimension institucional del Derecho y la justificación jurídica”, cit., pág. 121.

¹⁰⁴⁰ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos*., cit., aquí pág. 17

de fin en que éstas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las segundas lo hacen de forma abierta. Pues bien, tal y como podemos apreciar, tanto en este esquema como en el de Dworkin, los principios en sentido estricto tendrían primacía sobre las directrices. Esto por lo que respecta en el plano estructural.

En un plano funcional, en el modelo A&RM las normas son razones para la acción¹⁰⁴¹. En el caso de los ‘principios explícitos’, se trataría de razones para la acción independientes del contenido porque la razón por la que son razones para la acción de los órganos jurisdiccionales es la misma en el caso de las reglas, esto es, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo razones perentorias. No están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca de la resolución a dictar. Constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que pueden constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el órgano jurisdiccional¹⁰⁴². Los ‘principios implícitos’ son razones para la acción ni perentorias –por la razón ya aludida– ni independientes de contenido. Entran a formar parte del razonamiento de los jueces no por tener su origen en fuente alguna sino por cierta *cualidad* de su *contenido* que los autores vinculan a su ‘adecuación’ o ‘coherencia’ con las reglas y principios basados en fuentes¹⁰⁴³. Este es, a muy grandes rasgos su esquema. Únicamente quiero anotar que en él se pretende preservar el carácter deontológico de los principios, más allá de otras eventuales críticas¹⁰⁴⁴. Pasemos ahora al esquema de Alexy donde esto último se difumina.

¹⁰⁴¹ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos*. cit., aquí pág. 17-8

¹⁰⁴² ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, cit., pág. 112.

¹⁰⁴³ Cf. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, cit., pág. 112.

¹⁰⁴⁴ Para una crítica al modelo de *Atienza & Ruiz Manero* pueden verse, de momento, además del trabajo de L. Prieto ya citado; PECKZENIC, Aleksander, “Los principios jurídicos según Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa*, núm. 12, 1992, 327-331.; y sobre todo: CELANO, Bruno, “Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruiz Manero, ‘Ilícitos atípicos’”, en: *Íd.*, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 171-191. Donde se hace un análisis minucioso del esquema estudiado y termina por señalando que su distinción entre principios y reglas termina por colapsar. En síntesis: para Celano, si las teorías de Austin, Kelsen y Ross, no son insatisfactorias por incompletas, y son incompletas porque en ellas únicamente hay espacio para las reglas, y no los principios. En la estrategia de dichos autores hay únicamente espacio para los principios, y no para las reglas. Más adelante abundaré en ello. Por ahora, conviene tener presente también que según los propios autores españoles (ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, cit., pág. 127-128.) los “principios sustantivos” (en sentido

2.3 PRINCIPIOS COMO «MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN»

La construcción de R. Alexy es también de referencia obligada y resulta, considero, más idónea para articular desarrollos ligados a la ideología constitucionalista. De momento me interesa hacer una presentación de los principios hecha por el autor para, posteriormente, recalar en algunas de las críticas que le han sido formuladas. Pues bien, al igual que las anteriores propuestas, la distinción que establece el profesor de Kiel entre principios y reglas es una distinción cualitativa. La misma ocupa en su construcción teórica un aspecto central: se trata, como se sabe, de la distinción más importante de su teoría (de los derechos fundamentales)¹⁰⁴⁵. Pues bien, para Alexy toda norma es una regla o un principio¹⁰⁴⁶. Ambos pertenecen o son especies del género norma, porque ambos establecen lo que es debido¹⁰⁴⁷. Las reglas son mandatos definitivos¹⁰⁴⁸. A diferencia de éstas, los principios son normas que «nos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y

estricto) pueden verse en ocasiones superados por otros “principios institucionales”, que no son sino la cara del “rostro autoritativo del Derecho”, como por ejemplo en los casos de “estado de excepción”.

¹⁰⁴⁵ Véase: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed., trad. de C. Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007, pág. 163.

¹⁰⁴⁶ Véase: ALEXY, Robert, “Zur Struktur des Rechtsprinzips”, en: B. Schilcher *et. al.*, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, 2000 [trad. cast. de C. Bernal Pulido, “Sobre la estructura de los principios jurídicos” *Íd.*, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93-137, por donde se cita, aquí. pág. 95]

¹⁰⁴⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 114.

¹⁰⁴⁸ Recordemos brevemente su caracterización. Para Alexy las reglas «son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible» (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 68). En sentido similar a Dworkin, sostiene que la diferencia cualitativa entre ambos tipos de normas -reglas y principios- se aprecia en la forma en que se resuelven las colisiones entre unos y otros. El conflicto entre reglas es, primordialmente, un problema relativo a la validez de las normas. De ahí que se afirme que –mientras no sea posible incluir una cláusula de excepción- un conflicto entre dos reglas contradictorias se resuelve mediante la declaración de la invalidez de una de ellas. A diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma, el concepto de validez jurídica no es graduable. Una norma es válida jurídicamente o no lo es. Que una regla sea válida y sea aplicable a un caso, significa que su consecuencia jurídica es también válida. Más allá de la forma en que se fundamenten debe excluirse la posibilidad de que sean válidos dos juicios concretos de deber ser, contradictorios entre sí. (Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 69-70) Alexy lo ejemplifica del siguiente modo: el orden de una escuela establece que, por una parte, está prohibido abandonar el aula de clases antes de timbre y por otra parte, sin embargo, ordena hacer exactamente eso, en caso de que suene la alarma de incendios. El conflicto puede resolverse fácilmente, si a la prohibición de abandonar la escuela se le introduce una excepción referida a la alarma de incendios (Cf. “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, cit., pág. 97).

reales existentes». Los principios son «mandatos de optimización»¹⁰⁴⁹. Los mandatos de optimización se caracterizan porque «pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos»¹⁰⁵⁰.

Los principios pueden distinguirse también de las reglas en cuanto a que éstos últimos colisionan. Cuando ello sucede, uno tiene que *ceder* ante el otro, sin que ello signifique declarar inválido el principio desplazado ni que haya que introducir una cláusula de excepción¹⁰⁵¹. Por ello se afirma que los conflictos entre principios tienen lugar en la denominada dimensión del peso¹⁰⁵². Para comprender como se solucionan dichos problemas, o bajo qué circunstancias un principio precede al otro, es preciso tener en cuenta lo que denomina ley de la colisión. El conflicto entre principios debe resolverse mediante una ponderación de los intereses contrapuestos. Ello significa que a través de la «ponderación» se establecerá cuál de los intereses que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto¹⁰⁵³. Ésta es la forma característica por la cual se aplican los principios¹⁰⁵⁴. Tomados en sí mismos, cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no se soluciona declarando que uno de los principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de «precedencia condicionada», lo que consiste en que, *a la vista del caso*, se indican las

¹⁰⁴⁹ La definición de los principios como mandatos de optimización no es pacífica; ni siquiera para los propios valedores del principialismo –algunos de ellos, discípulos de Alexy-. Sin embargo, sigue vigente gracias a su gran ‘plausibilidad intuitiva’. Véase: SIECKMANN, Jan. R., “Los derechos fundamentales como principios”, trad. cast. de D. Oliver-Lalana, en: J. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 28.

¹⁰⁵⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 67-8 (cursivas en el original). Adviértase que aquí las posibilidades jurídicas dependen tanto de principios como de reglas que juegan en contrario. En otro trabajo, (“Sobre la estructura de los principios jurídicos”, cit., aquí pág. 95) Alexy sostiene que las posibilidades jurídicas dependen de los principios y no ya de las reglas.

¹⁰⁵¹ *Ídem*. El factor decisivo en los casos prototípicos de la colisión de principios, “lo constituye el el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido”. ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., aquí pág. 143).

¹⁰⁵² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 70.

¹⁰⁵³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pág. 72 (cursivas mías).

¹⁰⁵⁴ ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, en *íd*: *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, 2ª. ed., Gedisa, Barcelona, 2004, pág. 75.

condiciones en las que un principio precede al otro. En otras condiciones, la pregunta de cuál de los principios debe preceder, puede ser solucionada inversamente¹⁰⁵⁵.

De ahí que concepto de precedencia condicionada sea de vital importancia para la comprensión de la colisión de principios y, con ello, para la teoría de los principios pues excluye la aceptación de otro de tipo incondicionada, abriendo así el campo para acudir a la dimensión o metáfora del peso en la solución de los conflictos. Puede formularse de la siguiente manera: «las condiciones en las cuales un principio tienen precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»¹⁰⁵⁶. Según Alexy, ella refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuáles, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones no cuantificables. Al mismo tiempo, constituye la base para restar fuerza a las objeciones que resulten de la proximidad de la teoría de los principios con la teoría de los valores¹⁰⁵⁷. Los principios, al ordenar algo que debe ser realizado en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, no contienen mandatos definitivos, sino sólo *prima facie*. Que un principio valga para un caso no significa que lo que el principio exige para este caso tenga validez como resultado definitivo.

Para Alexy los principios representan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Las reglas, por el contrario, exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades de ambos tipos, pudiendo conducir a su invalidez; pero, si este no es el caso, entonces de lo que la regla establece tiene validez definitiva¹⁰⁵⁸. La relación de precedencia condicionada debe hacerse teniendo en cuenta los tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. La ley de ponderación según la cual, «cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro», puede dividirse en tres pasos: en el primero, es preciso definir

¹⁰⁵⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 73 (cursivas mías).

¹⁰⁵⁶ *Ibíd.* pág. 75

¹⁰⁵⁷ *Ibíd.* pág. 76.

¹⁰⁵⁸ *Ibíd.* pág. 80. Véase también su: “Sobre la estructura de los principios jurídicos” cit.

el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios. En el segundo, se define la importancia de la satisfacción del principio contrario. En el último, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro¹⁰⁵⁹.

El grado de afectación de los otros principios se determina en base a tres variables. En primer lugar, mediante el uso de una escala de tres intensidades: «leve», «medio» o «intenso». La segunda variable consiste en el llamado peso abstracto de los principios relevantes, que se funda en el reconocimiento de que en ocasiones uno de los principios en conflicto puede tener mayor peso en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. A ellas se les agrega la variable de la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable surge del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio¹⁰⁶⁰.

Ahora bien, ¿cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos que concurren en la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro? Según Alexy, esto es posible a través de la «fórmula del peso». Con la aplicación de dicha fórmula –que Alexy ha venido precisando y añadiendo elementos– sería posible determinar el peso concreto de un principio en relación con otro, a la luz de las circunstancias de cada caso. En cualquier caso, lo que es importante destacar respecto a la fórmula de peso, que sería algo así como “el corazón” de la ponderación, es que, en su conjunto, se trata de una herramienta disponible para la solución de conflictos normativos y también para la delimitación de los derechos. Sin embargo, presenta algunos inconvenientes, o en otros términos, que la racionalidad de las decisiones que con ella

¹⁰⁵⁹ Véase: ALEXY, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, 13-64, aquí pág. 32 y ss. Puede seguirse también el planteamiento de Alexy en el trabajo de: BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 225-238, aquí pág. 227 y ss.

¹⁰⁶⁰ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75, aquí pág. 62 y ss.

se pretende obtener tiene límites; y no puede por ello proporcionar una única respuesta correcta para los casos difíciles¹⁰⁶¹. Sobre esto volveré enseguida.

Queda hacer referencia a las cargas de argumentación, que operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos. Lo anterior es un aspecto fundamental para la reconstrucción del imperio de la Constitución que aquí vengo haciendo. Pues bien, a este respecto se ha dicho que pueden identificarse dos posiciones de Alexy sobre la cuestión: en la primera, sostenida en la *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), se inclina a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la máxima “*in dubio pro libertate*”, o si se incluyen todo el catálogo de derechos “*in dubio pro derechos*”. Esto es, en esta posición sigue privilegiándose, para el caso de empates, la idea de primacía de los derechos sobre otras consideraciones. En la segunda, expuesta en el *Epílogo* (2002), se inclina a favor de otra diferente: en los casos de empate, la decisión que se enjuicia debe parecer no desproporcionada y por tanto, debe ser declarada constitucional, es decir, que los empates jugarían a favor del acto que se enjuicia. «Los empates ahora jugarían a favor del legislador y del principio democrático que en que se funda la competencia del

¹⁰⁶¹ La estructura de la fórmula sería la siguiente:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_{iC}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}}$$

Aquí, GP_{iA} es el peso abstracto del primer principio y GP_{jA} , es el peso abstracto del segundo principio. La fórmula establece que el peso concreto del P_i en relación con el P_j en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de importancia del P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la importancia del P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma *metafórica*, un valor numérico a las variables de importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2^0 , es decir, 1; medio 2^1 , es decir 2; y grave 2^2 , es decir 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2^0 , es decir, 1; plausible 2^{-1} , es decir $1/2$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $1/4$. Véase: ALEXY, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, 13-64, pp. 49 y ss. (la fórmula aparece en la nota al pie 101, en la página 56). A decir Bernal Pulido, en realidad, ésta presentación sería una nueva fórmula de peso [que se expresaría así: $GP_i, jC \leq GP_j, iC$], de la que, a su vez, el propio Bernal Pulido da otra más compleja. (Véase: BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación” cit., págs. 63, 66 y 69).

Parlamento»¹⁰⁶². Esto, como puede apreciarse es un cambio importantísimo por lo que a continuación señalaré.

Debe observarse que Alexy mantiene una posición más flexible que Dworkin. Más flexible en el sentido de que, por un lado, no defiende la tesis de la «única respuesta correcta», y más importante para la ideología constitucionalista aquí esbozada, que para él los principios no pueden equipararse a su modelo de «triumfos frente a la mayoría». A menudo se destaca el hecho de que Alexy no distingue entre principios y “policies”¹⁰⁶³. Para él los principios son mandatos de optimización. Así entendidos, su teoría permite «optimizar» en igualdad de condiciones derechos individuales y bienes colectivos. Como dice el propio Alexy: «en la medida en que los derechos tienen carácter de mandatos de optimización, no se trata en ellos de derechos definitivos, sino de derechos *prima facie* que, cuando entran en colisión con otros bienes colectivos o con derechos, pueden ser restringidos»¹⁰⁶⁴. La tesis de Dworkin de los derechos como triunfos, afirma el profesor alemán, implica que *en todo caso* frente a bienes colectivos, tienen un carácter esencialmente definitivo¹⁰⁶⁵. Para él, dicha tesis es «demasiado basta» pues implicaría, dicho brevemente, que nunca un bien colectivo estaría en aptitud de limitar algún derecho individual¹⁰⁶⁶. Esto nos mete

¹⁰⁶² Véase: BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 273-291.

¹⁰⁶³ Véase, por ejemplo: TUORI, Karloo, “Los principios de derecho instrumental: la disciplina del instrumentalismo de las políticas”, trad. cast. de C. Bernal Pulido, en: A. Menéndez y Erikssen, *La argumentación y los derechos fundamentales*, cit., pp. 49-73

¹⁰⁶⁴ Véase: ALEXY, Robert, “Individuelle Rechte und Kollektive Güter”, en: O. Weimberger (ed.), *Internationales, Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, t. I, 1989. [trad. cast. de J. Malem Seña, “Derechos individuales y bienes colectivos”, en: R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., pp. 179-208, por donde se cita, aquí pág. 185.]

¹⁰⁶⁵ En otro trabajo, incluso, señala la construcción de Dworkin de los derechos ‘como triunfos’, que no contempla la ponderación, pues su aplicación trata “the very different question of what morality requires” es una construcción de los derechos “como regla”, si bien una construcción especial. Véase: ALEXY, Robert, “Die Konstruktion von Grundrechte” en: L. Clérico y J. R. Sieckmann (comps). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2009 [trad. cast. L. Clérico y J. Sieckmann, “La construcción de los derechos fundamentales”, en: *Id.*, *La construcción de los derechos fundamentales*, ADHOC-Universidad de Buenos Aires, Bs. As, Argentina, 2010, pp. 20-37, por donde se cita, aquí pág. 22]

¹⁰⁶⁶ Cf. ALEXY, Robert, “Derechos individuales y bienes colectivos”, cit., aquí pág. 186. En sentido similar M. KUMM: “los derechos fundamentales están virtualmente en juego siempre que actúa el Estado, no pueden considerarse como triunfos. El hecho de que el titular de un derecho tenga un derecho *prima facie* no implica que la defensa de tal posición jurídica haya siempre de prevalecer frente a intereses colectivos contrarios al derecho subjetivo. La interferencia en el ámbito de un derecho desencadena un juicio acerca de la justificación o falta de ella de la limitación de derechos. El hecho de que los derechos no sean triunfos no significa que no provean una protección efectiva”. Cf.

de lleno a algunas de las problemáticas más acusadas de la teoría principialista del profesor de Kiel.

En primer lugar, y sobre todo, se critica especialmente el hecho de que Alexy no trace la ya mencionada divisoria entre principios y “policies”. Para él, también como ya hemos dicho, tanto derechos individuales como bienes u objetivos colectivos son «principios» entendidos como «mandatos de optimización» lo que permitiría ser ponderados en igualdad de condiciones. J. Habermas ha criticado fuertemente esto. A su juicio, con ello se les priva de su carácter deontológico¹⁰⁶⁷. Ello parece más acusado si tenemos en cuenta que Alexy busca racionalizar o teorizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán que caracteriza a todo el sistema de derechos fundamentales como un *Objektive Wertordnung* («orden objetivo de valores»)¹⁰⁶⁸. En palabras del filósofo de Dusseldorf:

«si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender por sí tener primacía incondicional sobre los demás valores, con tal

KUMM, Mathias, Who Is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law in Germany, *German Law Journal*, núm. 7, vol. 4, (2006) [trad. cast. de C. Bernal, en: A. Menéndez y Erikssen, *La argumentación y los derechos fundamentales*, cit., pp. 151-183, por donde se cita, aquí pág. 159]

¹⁰⁶⁷ Si lo que queremos preservar a través de los derechos fundamentales son los bienes o valores más básicos de los individuos parece contraintuitivo que se haga a través de una estructura normativa blanda o débil como los principios. Como ha dicho J. Rodríguez-Toubes Muñoz nuestros derechos fundamentales son “una cuestión de principio pero al mismo tiempo impropia de principios”. Véase: RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, aquí pág. 13. Por su parte, M. La Torre propone hacer una lectura inversa entre reglas y principios para señalar, siguiendo a Marcus Singer, que los últimos –si hacen referencia a derechos fundamentales–, deberían tener una disciplina deontológica más ferrea que aquellas. Es decir que las reglas serían derrotables mientras que los principios, contra lo que la teoría principialista mayoritaria sostiene, no lo serían. Véase: LA TORRE, Massimo, “Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales” cit., aquí pág. 81.

¹⁰⁶⁸ Al caracterizarlos así, nos dice K. TUORI, “Alexy da un paso decisivo para alinearse con una concepción axiológica”. Esa concepción es la concepción aludida en el capítulo III sobre la vertiente objetiva de los derechos. (TUORI, Karloo, “Los principios de derecho instrumental: la disciplina del instrumentalismo de las políticas”, cit., aquí pág. 51). En el mismo sentido, para M. LA TORRE, la pérdida del carácter deontológico de los principios parece clara cuando “Alexy identifica principios con valores”. (LA TORRE, Massimo, “Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales” cit., aquí pág. 82.) No estoy seguro que esta lectura sea del todo exacta, pero en cualquier caso, parece que la diferencia que el propio Alexy traza entre conceptos deontológicos y axiológicos (para ubicar a los principios dentro de los primeros) parecen colapsar. Véase: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pp. 117 y ss.

operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho se transforma en el negocio de una realización de valores que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto»¹⁰⁶⁹.

El problema de que las normas sean entendidas de forma teleológica queda nuevamente de manifiesto cuando Habermas insiste en que los derechos fundamentales entendidos como principios *à la* Alexy pierden su fuerza de «barreras cortafuegos». Ello es así, dicho brevemente, porque los mandatos de optimización, y la ponderación que le es consustancial, están orientados a fines. De tal forma que, en sus palabras: «si en caso de colisión *todas* las razones pueden adoptar el carácter de argumentos que establecen fines, se derrumba aquella barrera cortafuegos que está asociado con un entendimiento deontológico de las normas y de los principios en el discurso jurídico». De ahí que no habría lugar a dudas: «si las circunstancias lo exigen, los derechos individuales pueden ser sacrificados en razón de fines colectivos»¹⁰⁷⁰.

Por otra parte, se critica a Alexy la misma racionalidad de la ponderación. Como se sabe, para Alexy hay una conexión conceptual o necesaria entre principios y ponderación (*Abwägung*)¹⁰⁷¹. Recuérdese que, según él, en efecto, un principio, por sí sólo, indica un mero mandato de optimización. Ahora bien, para determinar el grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio, se determina por medio de la ponderación que es la forma específica de aplicación de los principios. Sin embargo, esta operación ofrece, a pesar de su sofisticado desarrollo, sólo apariencia de racionalidad. En palabras de M. La Torre:

«la Ley de la ponderación de Alexy, que gobierna la transformación de los principios en reglas definitivas, no garantiza un resultado racional, dado que tanto la determinación de la relevancia de los principios (su peso) con la elucidación de las condiciones de procedencia de un principio sobre otro tiene que dejarse en manos de los jueces. La Ley de la ponderación ofrece sólo una

¹⁰⁶⁹ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., aquí pág. 327.

¹⁰⁷⁰ HABERMAS, Jürgen, “Anzhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School”, tomo la cita de: LA TORRE, Massimo, “Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales” cit., p. 84.

¹⁰⁷¹ Véase: ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, trad. de J. A. Portocarrero, *REDC*, núm. 91, 2011, pp. 11-29, aquí pp. 12 y ss.

aparición de racionalidad a un procedimiento que es, al fin y al cabo, irracional y, en esencia, decisionista»¹⁰⁷².

Las objeciones a la teoría alexiana son varias y son también conocidas¹⁰⁷³. La más importante es la ya mencionada: que la ponderación es un método irracional. También se ha dicho que se trata de una estructura vacía, que no existen criterios que garanticen su objetividad, que los bienes que se ponderan son incommensurables; o, en el plano de la división de poderes, que su construcción termina por asfixiar al principio democrático a manos de los jueces constitucionales, etc¹⁰⁷⁴. R. Alexy ha avanzado una respuesta a estas cuestiones precisando en qué consiste la ponderación y su fórmula del peso –para la crítica de J. Habermas¹⁰⁷⁵– y con la propuesta de entender la Constitución *a la vez* como un orden marco y orden fundamental, donde el legislador goza de un margen de acción epistémico –para críticas como la de E. Forsthoff o E.-W. Böckenforde¹⁰⁷⁶–. Pero no me detendré en ellas.

Aquí me basta señalar que su propuesta de principios *qua* mandatos de optimización y el método de la ponderación son claves para articular la ideología constitucionalista. Y lo es así, al menos, por los siguientes motivos. En primer lugar, porque en las sociedades pluralistas, no podría avanzarse un ordenación jerárquica de

¹⁰⁷² LA TORRE, Massimo, “Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales” cit., p. 84.

¹⁰⁷³ Según el propio R. Alexy, las críticas pueden clasificarse en siete grupos: 1) las objeciones de teoría de las normas (¿existen los principios jurídicos, pueden diferenciarse realmente de las reglas, son los principios normas?); 2) las relativas a la teoría de la argumentación (¿puede la ponderación ser vista como una justificación racional o debe ser vista como un procedimiento irracional?); 3) las relativas a cuestión de si la teoría de los principios es peligrosa para los derechos fundamentales al perder su validez estricta; 4) las objeciones dogmáticas (la crítica del “demasiado poco” –por implicar una suerte de devaluación de los derechos– ; la crítica del “demasiado” –que alega una inflación de los derechos con los peligros que de ello se siguen para la división de poderes y la democracia–; 5) las objeciones de interpretación (¿es posible justificar la validez universal de la construcción de los principios o la misma es aplicable sólo ocasionalmente?); 6) las relativas a la teoría de la validez (que reprochan a la teoría de los principios que ponga en tela de juicio la primacía y la validez constitucional y la vinculación legislativa del ejecutivo y del judicial); y 7) las objeciones de teoría de la ciencia (la teoría de los principios consistiría en “declaraciones que por razón de su carácter abstracto no dicen nada en absoluto). Sin embargo, como el propio Alexy destaca la más o el grupo más importante de objeciones son las que tratan de la racionalidad de la ponderación. Cf. ALEXY, Robert, “La construcción de los derechos fundamentales”, cit., aquí pp. 25-27.

¹⁰⁷⁴ Véase: HÖLLANDER, Pavel, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur?”, [trad. J. Sieckmann, “El principio de proporcionalidad ¿Variabilidad de su estructura?, J. Sieckmann (ed)., *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, cit., pp. 40 y ss.

¹⁰⁷⁵ Véase: ALEXY, Robert, “La teoría del discurso y los derechos fundamentales” trad. cast. de C. Bernal Pulido, en: A. Menéndez y Erikssen, *La argumentación y los derechos fundamentales*, cit., pp. 40 y ss.

¹⁰⁷⁶ Véase: ALEXY, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” cit., pp. 15 y ss.

los distintos valores y principios para con ello resolver de antemano las posibles colisiones entre ellos (un orden lexicográfico)¹⁰⁷⁷. En segundo lugar, porque al no establecerse una relación absoluta de precedencia o primacía, entre derechos y bienes colectivos, se abre la posibilidad de articular las exigencias y demandas vinculadas de aquella: la actuación positiva del Estado, la posible limitación de algún derecho individual a favor de algún bien colectivo, etc. Si a todo ello, agregamos que la carga de la argumentación ahora juega a favor del principio democrático, tenemos parte importante de los elementos que la ideología constitucionalista reclama para sí¹⁰⁷⁸. Antes de precisar el por qué de la importancia de los principios para la misma, permítaseme hacer una última incursión a otros desarrollos sobre los principios en tanto normas derrotables.

2.4 PRINCIPIOS COMO «NORMAS DERROTABLES»

Otro desarrollo sobre los principios que ha venido ganando adeptos predica de ellos su carácter de normas «derrotables»¹⁰⁷⁹. Se trata de un tema que, si bien cuenta con no pocos antecedentes, parece haber adquirido mayor entidad con la fuerte irrupción del principialismo en la teoría del Derecho y, quizá más específicamente, por la interacción entre reglas y principios como una de las señas características del Estado constitucional. Una discusión pormenorizada del excede los objetivos de este trabajo¹⁰⁸⁰. Básicamente, por un lado, la derrotabilidad [*defeseability*] suele predicarse

¹⁰⁷⁷ Véase: BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, cit., aquí pp. 52 y ss.

¹⁰⁷⁸ Insiste en ello también: MORESO, José Juan, “Alexy sobre la aritmética de la ponderación”, en R. Alexy *et. al.*, *Derechos sociales y ponderación*, cit., aquí pág. 228.

¹⁰⁷⁹ Así, por ejemplo, para A. García Figueroa señalar que “la norma jusfundamental N es un principio” equivale a decir que “la norma jusfundamental N es derrotable”. Véase: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad.*, cit., aquí pág. 133.

¹⁰⁸⁰ Sobre el tema puede verse en la literatura en castellano: ALCHOURRON, C. E., *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, edición y estudio introductorio de J. J. Moreso y J. L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2010; donde se traducen los trabajos del profesor argentino publicados sobre la materia; BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, donde se varios trabajos sobre el tema; RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, prólogo de E. Bulygin, Madrid, CEPC, 2002; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, *Diritto & Questione Pubbliche*, núm. 3, 2003, pp. 197-227; *Íd.*, *Criaturas de la moralidad*, cit. pp. 133 y ss; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Íd.*, *El derecho y sus circunstancias*, cit., aquí pp. 109 y ss. CELANO, Bruno, “*Defeseability* y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables”, en: *Íd.*,

desde dos puntos de vista. Desde la lógica, por la imposibilidad de reconstruir los razonamientos en base a las herramientas que la lógica clásica ofrece; o, desde otro punto de vista, por tratarse de una propiedad de algunas normas que tiene una base axiológica o moral¹⁰⁸¹. En el primero de los casos, la derrotabilidad derivaría de la imposibilidad misma de reconstruir con antelación todos los supuestos de hecho por los cuales se aplica una norma porque *siempre* es posible que aparezcan excepciones implícitas. Así vista, es «un problema general de ciertos enunciados condicionales, normativos o no, poseyendo por ello un interés común a campos de estudio muy diversos»¹⁰⁸². En este sentido, G. Sartor enfatiza la pluralidad de tratamientos del tema: antes de discutirse con profusión en el campo de la inteligencia artificial, la derrotabilidad había sido tratado por epistemólogos tales como J. L. Pollock o R. M. Chisholm. En el ámbito del razonamiento práctico (moral y jurídico), nos dice, destacan ideas próximas en Aristóteles, Tomas de Aquino y, por supuesto, H. L. A. Hart¹⁰⁸³.

Vayamos al primero de los campos señalados, el de la inteligencia artificial. Aquí la derrotabilidad se vincula a la posibilidad de una lógica no-monotónica, esto

Derecho, justicia, razones., cit., aquí pp. 235 y ss.; GUASTINI, Riccardo, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas axiológicas e interpretación”, *Análisis filosófico*, XXVI, Núm. 2, 2006, pp. 277-239.; CARRACIOLO, Ricardo, “Una discusión sobre normas derrotables”, *Análisis filosófico*, núm. XX, pp. 87-100.; REDONDO, Maria Cristina, “Razones y normas”, en: A. García Figueroa (coord.), *Racionalidad y derecho*, Madrid, CEPC, 2006, pp. 73-104.

¹⁰⁸¹ En este sentido, por ejemplo, J. A. García Amado (“Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas”, cit., aquí pág. 124): “La idea de derrotabilidad ya sea de conceptos o de normas, tiene su ubicación más destacada en el campo de la lógica, en relación con las dificultades para aplicar el refuerzo del antecedente. Ahora bien, conviene diferenciar dos dimensiones del problema: La primera es la dimensión puramente lógica y se relaciona con la virtualidad mayor o menor de los esquemas deductivos de la lógica monotónica para presentar el razonamiento jurídico. La segunda es la dimensión que podemos llamar material, que alude a cuáles son las circunstancias o razones que pueden justificar la inaplicación de la norma a un caso cuyas circunstancias encajan bajo el supuesto de hecho genérico descrito por dicha norma”.

¹⁰⁸² RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, cit., aquí pág. 355. Con todo, es importante de cara a la utilidad de la utilizar la lógica en el razonamiento y análisis jurídico toda vez que la relevancia de las circunstancias excepcionales implícitas impediría controlar los razonamientos normativos mediante herramientas de la lógica clásica. Véase: NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 61-85, aquí pág. 62. En realidad, como reconoce García Amado, ese sería el ideal positivista, esto es, que el razonamiento jurídico fuese puramente deductivo a partir de normas, con arreglo al refuerzo del antecedente o al *modus ponens*; que el mismo se tuviera como base de todas las soluciones jurídicas de los casos, sin que tuvieran ningún papel las excepciones implícitas. Pero el positivista, dice, tiene que reconocer la inevitabilidad de las excepciones implícitas, aunque trate de acotarlas. Cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídica”, cit., aquí pág. 113.

¹⁰⁸³ SARTOR, Giovanni, “Defeseability in Legal Reasoning”, en: J. Ferrer y G. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, cit., aquí pág. XX

es, una ‘lógica especial’ en la que la ley del refuerzo del antecedente y la ley del *modus ponens* no serían aplicables y, por supuesto, la compleja discusión que de ahí deriva. Es decir, el problema de la derrotabilidad consiste, simplificando en extremo, en si, efectivamente, es posible una lógica de este tipo (entiéndase bien: una ‘lógica’ en la que la ley del refuerzo del antecedente y la ley del *modus ponens* no fuesen aplicables) y cuál sería su utilidad o capacidad inferencial¹⁰⁸⁴. Pero esto es una cosa y otra, insisto, cuál ha sido su desarrollo en el campo del razonamiento práctico. Por ello es recurrente encontrar en los escritos que se ocupan del tema una cláusula en la que se señala que, dada esa pluralidad de tratamientos, la propia discusión de sobre la noción de derrotabilidad se torne confusa y haya generado polémicas cuando en realidad se trataban o se hablaba de cosas distintas¹⁰⁸⁵. En este sentido, J. Hage ha identificado, al menos, cinco tipos de derrotabilidad –«ontológica», «conceptual», «epistémica», «lógica» y «justificativa»– y enfatiza que los problemas en teoría lógica, ‘monotonicidad’, ‘condicionales’, son independientes de los problemas en el ámbito jurídico¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁴ En realidad, esto remite a uno de los problemas más debatidos en el campo de la lógica: el de la “naturaleza de los condicionales”. Como señala D. Mendonca, bien puede decirse que dicho problema puede describirse como el “escándalo de la lógica”. En sus palabras: “Podría decirse que el problema de la naturaleza de los condicionales es el escándalo de la lógica, con el mismo espíritu con el que C. A. Broad describió el problema de la inducción como el escándalo de la filosofía. Los enunciados condicionales son usados permanentemente casi sin ningún problema en la vida diaria y en la ciencia, pero es un triste y duro hecho de la vida el que los lógicos no hayan encontrado todavía una teoría general unificada de los condicionales, aun cuando la conectiva proposicional “*si-entonces*” es la que se encuentra más estrechamente relacionada con el tema principal de la lógica: la noción de consecuencia lógica (deducibilidad, implicación, lógica, etcétera)”. Es por ello que revisten particular importancia los esfuerzos del profesor argentino C. Alchourron, quien buscó desarrollar en, varios trabajos, una lógica de los condicionales derrotables. Véase: ALCHOURRÓN, Carlos, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, cit.

¹⁰⁸⁵ Como señala J. L. Rodríguez: “la expresión ‘derrotabilidad’ ha sido utilizada con sentidos diferentes para aludir a problemas muy distintos vinculados con las normas jurídicas. Sin embargo, en general no se ha reparado debidamente en esos diferentes sentidos, brindándose de tal suerte la impresión de que la derrotabilidad es una cualidad única para cuya atribución se cuenta con múltiples justificaciones. Véase: RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, cit., aquí pág. 356.

¹⁰⁸⁶ Resumiendo el planteamiento del autor: 1) la derrotabilidad vinculado a la lógica no-monotónica, es una característica que se predica de los sistemas lógicos, y más en concreto a la pregunta si puede predicarse de la lógica deóntica; 2) la derrotabilidad de los conceptos, hace referencia al desarrollo de Hart, y a la idea de *defeseability* que es un término técnico-jurídico del derecho inglés. En opinión de Hage, en realidad el problema no hace referencia al hecho de la derrotabilidad de los conceptos jurídicos sino a un fenómeno indicado con el término; 3) la derrotabilidad epistémica haría alusión a la idea de revisabilidad de creencias; 4) la derrotabilidad lógica tiene que ver con los problemas de los condicionales y las reglas. Esto es, que no obstante de satisfacerse los antecedentes, las condiciones, no es necesario que se siga la conclusión. Para este autor, sin embargo, estos problemas, al tratarse de propiedades o de formas de reconstruir el razonamiento con el auxilio de la lógica, son menos interesantes en conexión con la derrotabilidad en el ámbito jurídico; 5) finalmente, la derrotabilidad

Como problema valorativo o axiológico se dice que las propias normas –los principios– por su dimensión de peso o importancia, por su carga valorativa, son derrotables, toda vez que precisan de ponderarse con otros valores y bienes en conflicto atendiendo todos los factores relevantes que vengan al caso. Para resumirlo: las normas de un Derecho rematerializado por una pluralidad de valores son derrotables sobre bases éticas. Los principios serían por ‘naturaleza’ derrotables¹⁰⁸⁷. Desde este prisma, la idea de derrotabilidad puede conectarse con discusiones en filosofía moral. Ahí, el problema de la derrotabilidad se asocia a la noción de deber *prima facie* del filósofo escocés de W. D. Ross, quien desarrolló una «forma pluralista de intuicionismo moral, y asocia la derrotabilidad a la posibilidad de que los principios morales puedan ser derrotados por otros principios morales en el caso concreto»¹⁰⁸⁸. Como se sabe, en *The Right and the Good*, propuso, como buen neo-aristotélico, y contra Kant, reducir la fuerza a los deberes morales –restarle fuerza a su carácter deontológico, se entiende– como medio para lidiar con posibles conflictos entre ellos¹⁰⁸⁹.

En el ámbito jurídico, estamos familiarizados con el tratamiento que en su ensayo *The Ascription of Responsibility and Rights* (1949) hizo H. L. A. Hart, donde introdujo la idea de derrotabilidad de los conceptos jurídicos¹⁰⁹⁰. Este es, por fin, el punto de partida de su tratamiento actual en el ámbito jurídico. Pues bien, en dicho trabajo Hart puso como ejemplo de esa derrotabilidad al concepto de contrato en el Derecho inglés que, según él, sería derrotable por ciertos hechos. Su explicación es la

justificativa o sustantiva, que tiene que ver no con los argumentos sino con la justificación para que el fenómeno aludido suceda. Cf. HAGUE, Josep, “Law and Defeseability”, *Artificial Intelligence and Law*, núm. 11, 2003, pp. 221-243, aquí pág. 222 y ss.

¹⁰⁸⁷ Véase: MENDONCA, Daniel, “Derrotabilidad”, cit., aquí pág. 70. En sentido similar Guastini: “La derrotabilidad no es, como a veces se piensa, una peculiaridad de los principios. Es posible que los principios sean ‘intrínsecamente’ derrotables –en el sentido de que la derrotabilidad forma parte del propio concepto de principio- pero lo que es cierto es que cualquier norma puede ser convertida en derrotable; de hecho, los juristas lo hacen continuamente”. Véase: GUASTINI, Riccardo, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.” cit., aquí pág. 287-8.

¹⁰⁸⁸ Véase: SARTOR, Giovanni, “Defeseability in Legal Reasoning”, cit., aquí pág.

¹⁰⁸⁹ Véase: SKELTON, Anthony, “William David Ross”, en: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en línea: <http://plato.stanford.edu/entries/william-david-ross/> [última consulta 15/12/2013]

¹⁰⁹⁰ A decir de J. C. BAYÓN, en ‘The Ascription’ Hart intentaba desarrollar una estrategia anti-reduccionista para el análisis de los conceptos jurídico, por influencia de J. Austin, centrada en la idea de que su uso primario es adscriptivo, no descriptivo. Señala también que dicha pretensión específica puede considerarse superada por sus desarrollos posteriores acerca de la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Véase: BAYÓN, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. , pp. 87-117, aquí nota al pie núm. 9, pág. 91.

siguiente: para la existencia de un contrato se requiere, entre otras cosas, que concurren dos partes, una oferta de la primera y la aceptación de la segunda, etc. Pero también resulta indispensable que no se actualice alguna excepción. Por ejemplo, que dicho contrato no se celebre mediando vicio de voluntad [*undue influence*] de alguna las partes. En este caso, la coacción de alguna parte sobre la otra sería un hecho derrotante. De tal forma que, así vistas, las excepciones conformarían ‘*listas abiertas*’ que imposibilitan la formulación de las condiciones suficientes para pertenecer al concepto en cuestión.

Para Hart, conectar los conceptos o el lenguaje jurídico en general al lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes, es un absurdo. El afán de su búsqueda puede achacarse, según nos dice, a una lealtad obstinada con el ideal lógico, persuasivo pero engañoso, de que todos los conceptos deben ser susceptibles de una definición *per genus and differentiam*¹⁰⁹¹. Por lo tanto, la conclusión más significativa que se obtiene de ello, es que, en el caso de los conceptos jurídicos «sólo podrían, como mucho, enumerarse condiciones de aplicación normales o típicas del concepto, acompañadas siempre por una cláusula abierta ‘*a menos que...*’ relativa a circunstancias excepcionales que no sería posible anticipar por completo»¹⁰⁹². Con todo, debe decirse que este primer desarrollo de la idea de derrotabilidad fue abandonada por propio Hart en el prefacio de *Punishment and Responsibility* (1968) donde sostuvo que los argumentos principales que sostenían dicho trabajo ya no le parecían defendibles, que las críticas a las que fueron sometidos sus planteamientos

¹⁰⁹¹ Derrotabilidad en el sentido de que habiendo tanto condiciones necesarias para su existencia y excepciones típicas del mismo, no sería posible formular una lista exhaustiva de éstas últimas. Por ello, nos dice, no existiría algo así como la aplicación segura de los conceptos jurídicos ya que poseen un carácter *sui generis* por el cual no son susceptibles de definición *per genus et differentiam*. Tal y como escribe el profesor británico: no siempre es posible definir un concepto jurídico, por ejemplo ‘contrato’, mediante la especificación de las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación. Tales conceptos se pueden explicar únicamente con una lista de excepciones o de ejemplos negativos que muestren donde no puede ser aplicado o aplicarse sólo de forma débil. (Cf. HART, H. L. A., “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 49, 1948-9, pp. 171-194, aquí pág. 176.)

¹⁰⁹² BAYÓN, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, cit., aquí pág. 91. O como explica J. A. García Amado: “el problema de la derrotabilidad de los conceptos a llevado a la teoría del significado a modificar la teoría semántica tradicional, estableciendo que un concepto alude a casos normales, paradigmáticos o ejemplares.” A su juicio, Carlos Alchourrón, señalaba algo parecido como afirmó que “la idea de derrotabilidad se vincula con la noción de normalidad. Formulamos nuestras afirmaciones para circunstancias normales, sabiendo que en ciertas situaciones nuestros enunciados serán derrotados”. Véase: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídica”, cit., aquí pág. 110.

eran correctas¹⁰⁹³. No obstante ello, la idea de una norma derrotable o abierta, esto es, sujeta a excepciones no enumerables, parece persistir.

Curiosamente, Lon L. Fuller se adhirió *expressis verbis* a esta idea de Hart. Incluso la aplicó a los nociones de derechos. Siguiendo a O. W. Holmes, observó que todo derecho subjetivo [*legal right*] tiende a absolutizarse hasta su extremo lógico. No obstante, para el famoso juez todos están limitados de hecho por la proximidad de ‘principios de política diferentes’ de aquellos sobre los que se fundamenta un derecho dado¹⁰⁹⁴. Entiende que es la «tendencia a lo absoluto» lo que, precisamente, constituye la importancia esencial de un ‘derecho’, sea este legal o moral. Para Fuller es lo mismo con la noción de deber: su importancia se manifiesta en su resistencia a ser limitada. A diferencia de «desideratas, consejos de prudencia, el apelar a ideales vagos y manifestaciones semejantes, los derechos y obligaciones, legales o morales, representan elementos inamovibles en las relaciones humanas»¹⁰⁹⁵. Si entiendo bien, para Fuller la rigidez o inamovilidad predicadas de derechos y obligaciones no significa que lo sean en términos lógicos ni mucho menos absolutos. De ahí que sostenga que «*en casos apropiados* pueden ser limitados»¹⁰⁹⁶. Es decir los derechos y deberes, no son absolutos o ilimitados sino, más bien «reacios a la limitación» como él mismo sostiene.

Propongo en lo que sigue intentar ordenar la discusión con base en un trabajo de J. C. Bayón donde examina tres tipos de argumentos en favor de la derrotabilidad. Por un lado, nos habla de un tipo de *derrotabilidad procesal* derivada de la pragmática de los procedimientos jurídicos o, lo que es lo mismo debida al modo en que se configuran dichos procedimientos¹⁰⁹⁷. Para el profesor de Madrid este

¹⁰⁹³ Véase: HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility*,

¹⁰⁹⁴ Cf. FULLER, Lon L., *La moralidad del Derecho*, cit., aquí pp. 38 (nota al pie núm. 24)

¹⁰⁹⁵ Cf. FULLER, Lon L., *La moralidad del Derecho*, cit., aquí pp. 39

¹⁰⁹⁶ *Ídem.* (Cursivas mías)

¹⁰⁹⁷ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, “Why is legal reasoning defeasible? en: A. Soeteman (ed.), *Pluralism and law*. Dordrecht, Kluwer 2001, [trad. cast. “Por qué es derrotable el razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 2001, pp. 32-65, por donde se cita, aquí pp. 38 y ss.] El profesor de la Autónoma de Madrid lo explica de la siguiente manera –cito en extenso–: “entre las las condiciones que operan en el contexto de un litigio para que prospere la pretensión de que se haga valer cierta consecuencia jurídica debe distinguirse entre hechos que han de ser probados y suposiciones por defecto que no han de ser desvirtuadas por prueba en contrario. Tomando una terminología propuesta por Giovanni Sartor, llama a los primeros *probanda* y a las segundas *non-refutanda*. Lo decisivo aquí sería caer en la cuenta de que la pretensión del demandante fracasará si el demandado logra refutar algún *non-refutandum*, pero prosperará en caso contrario. Esto equivale a decir, según el profesor español, que una decisión judicial en un litigio real estará justificada si se ha probado cada *probandum*, con tal que no haya

argumento fracasa porque confunde una regla jurídica secundaria de adjudicación con una supuesta regla de inferencia no-monotónica. Y, en consecuencia, la asignación de cargas de la prueba en los procedimientos jurídicos no implica que el razonamiento judicial sea no-monotónico. Otro tipo sería la llamada *derrotabilidad epistémica*: el razonamiento jurídico es derrotable porque puede basarse en información incompleta. Sobreviene no a causa de los propios argumentos sino a la certeza (o al grado de certeza) de nuestro conocimientos¹⁰⁹⁸. Si lo que se quiere decir es esto, que no es otra cosa sino afirmar que nuestras creencias son susceptibles de revisión, no habría problema en conceder que todo razonamiento jurídico es inherente derrotable. Pero además no debería sorprendernos: cualquier forma de razonamiento práctico en cualquier foro en el que uno se desenvuelva –sea en el Derecho, la moral, la política, la crítica literaria, la filosofía, etc.– es, *en este sentido*, derrotable epistémicamente¹⁰⁹⁹.

Un tercer tipo de derrotabilidad analizada por Bayón tiene que ver con la individualización del material jurídico, esto es, con el modo de representar las normas jurídicas y sus excepciones. Algunos de quienes defienden la derrotabilidad de éste proponen *un modo específico* de individualizar el material normativo: en un nivel superficial tendríamos, dicen, dos normas que colisionan en un cierto número de ocasiones que, no obstante, en un nivel más profundo, se alcanzaría la consistencia entre ellas por medio de una meta-norma –generalmente tácita– de primacía o precedencia (en virtud de la cual el supuesto de la norma que prevalece habría de verse en los casos en los que entraran en colisión como excepción a lo dispuesto en el

quedado refutado un solo *non-refutandum*. Parece que lo anterior resulta familiar a la práctica jurídica. La cuestión aquí, en cualquier caso, es tener presente la asignación específica de las cargas de la prueba. Tal asignación de las cargas de la prueba daría al razonamiento jurídico su peculiar configuración que haría que la lógica clásica no resulte apta para formalizarlo, puesto que ésta sencillamente carecería de recursos para manejar la noción de suposición por defecto, con lo que quedaría borrada la distinción entre *probanda* y *non-refutada*. La consecuencia de ello, a decir de Bayón, sería que toda excepción *q* habría de ser tratada como «la condición de que *no q*» y, como cualquier otra condición que forme parte del antecedente de la norma, ser probada para poder derivar justificadamente la consecuencia jurídica en cuestión. Y eso, obviamente, es muy distinto de asumir que toda excepción *q* a una consecuencia jurídica ingresa en principio en el razonamiento jurídico como «la suposición, sujeta a refutación, de que *no q*», permitiendo así que resulte acogida la pretensión del demandante mientras no se haya probado *q* (y no «a condición de que se haya probado *no q*»). La conclusión del argumento es por tanto que el razonamiento jurídico es derrotable en razón del modo en que están configurados los procedimientos jurídicos”.

¹⁰⁹⁸ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, “Por qué es derrotable el razonamiento jurídico”, cit., aquí pág. 43 y ss.; véase también: HAGUE, Josep, “Law and Defeseability”, cit., aquí pág. 224 y ss.; SARTOR, Giovanni y PRAKKEN, Henry, “The Tree Faces of Defeseabilism in Law”, núm. 17, vol. 1, 2004, pp. 118-139, aquí pág. 119.

¹⁰⁹⁹ Cf. WALUCHOW, Wilfrid J. “Defeseability and Legal Positivism”, aquí pág. 5.

antecedente de la otra). Pretenden que los rasgos estructurales que de hecho encontramos se preserven en la formalización que se proponga¹¹⁰⁰. Si, se opta por ésta vía, formalizando las excepciones de modo independiente, se obtendría un marco de razonamiento no-monotónico «en el que aplicando una norma a un caso sería posible obtener una conclusión válida que sin embargo no se podría seguir manteniendo si se añade la información de que es subsumible también en el supuesto de hecho de otra norma, sin que ello implicara que el antecedente de la primera había sido formulado de manera incorrecta»¹¹⁰¹. Sin hay algo mal planteado aquí: lo que exige con ello, nos dice Bayón, sería algo así como *adaptar la lógica clásica* –basada en la noción de inferencia– para dar cuenta de las excepciones en el ámbito jurídico¹¹⁰².

Hemos llegado al punto que me interesa: analizar en qué sentido la idea de derrotabilidad de las normas se vincula a los principios jurídicos. Pues bien, debe advertirse que cuando se habla de derrotabilidad en ámbito jurídico no se hace referencia, en estricto sentido, a los supuestos anteriormente mencionados. La afirmación o argumento más plausible es que el razonamiento jurídico es derrotable porque las normas mismas son derrotables. Y lo son por las cuestiones ya avanzadas. De conformidad con la distinción principios y reglas trazada, se produce lo que, con fortuna, J. C. Bayón ha denominado el argumento del «caballo de troya». La idea, sostenida entre otros por Dworkin, de que siempre es posible enumerar de antemano las excepciones de una regla solo puede ser mantenida si se supone que una de las excepciones incorpora toda regla tiene que ser algo parecido a “... y *siempre que no sea aplicable algún principio que justifique una decisión diferente*”. La introducción de ésta cláusula de excepción –dice Bayón– acaba siendo un caballo de troya que destruye la diferencia entre principios y reglas tal y como la entienden quienes postulan los partidarios de la tesis fuerte de la separación. La existencia misma de principios dentro del sistema (así como la posibilidad de fijar el alcance de un precepto mediante razonamientos analógicos, que en sustancia no difieren de los argumentos sobre la base en principios) determina que entre principios y reglas sólo

¹¹⁰⁰ Cf. BAYÓN, Juan Carlos, “Por qué es derrotable el razonamiento jurídico”, cit., p. 47 y ss.

¹¹⁰¹ Cf. BAYÓN, Juan Carlos, “Por qué es derrotable el razonamiento jurídico”, cit., p. 48.

¹¹⁰² Cf. BAYÓN, Juan Carlos, “Por qué es derrotable el razonamiento jurídico”, cit., p. 49.

pueda establecerse una diferencia de grado –en cuanto a sus distintos niveles de especificidad–, que es lo que sostiene la tesis débil de la separación entre ambos¹¹⁰³.

Debe observarse que, en realidad, la distinción principios y reglas cuando se asume en todas sus consecuencias conduce a la paradójica conclusión de que lo que no pueden “existir” son las reglas –en tanto normas que establecen de forma completa tanto las condiciones de su aplicación como todas sus excepciones–. Y no pueden existir simplemente porque las reglas estarían sujetas a las excepciones implícitas que introducen los principios. Ello ha sido advertido de forma más acusada en los Estados constitucionales. El argumento puede expresarse de la siguiente manera: desde la ideología constitucionalista, como hemos visto, se insiste en que nuestros sistemas jurídicos se caracterizan por incorporar un conjunto heterogéneo de valores, principios o derechos fundamentales tendencialmente contradictorios entre sí en las gradas más altas de su Ordenamiento. Dada su ubicación y su contenido en el sistema de fuentes, todo ese contenido material, va a ejercer un ‘efecto de irradiación’ de modo tal que todo el Ordenamiento en su conjunto recibirá ‘sus impulsos y directrices’. Tales normas superiores pueden, en algún momento que no sabemos determinar con alguna certeza, someter a excepciones no expresamente señaladas a las normas inferiores. Hasta donde tengo conocimiento, el único autor que ha llevado hasta tal extremo su idea de derrotabilidad, y ha reconocido abiertamente algo así como la “derrotabilidad de todas las normas” en el Estado constitucional es A. García Figueroa¹¹⁰⁴.

Ahora bien, podríamos preguntarnos lo siguiente: si no hay “reglas” capaces de cumplir una función de guía de conducta de modo concluyente, ¿cómo satisfacer otras funciones también asignadas al Derecho? ¿No se convierten las normas en ‘juguetes vistosos’ y el Derecho, según la proclama del realismo, será lo que los jueces dicen que es? El constitucionalismo tiene que hacer frente a la acusación de alentar una nueva *aequitas cerebina*. No es casual por ello tampoco que la noción de

¹¹⁰³ Cf. BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, cit., pág. 361 y 362. Según éste, la distinción fuerte entre reglas y principios por los autores señalados en el apartado anterior (Dworkin, Alexy, Atienza & Ruiz Manero) se ve socavada porque no es posible determinar las excepciones de una regla. Véase también: Rodríguez, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, cit., aquí pág. XX

¹¹⁰⁴ Cf. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Critaruras de la moralidad*. cit., p. 143 y ss. En realidad, lo que García Figueroa es una distinción debilísima entre normas; que se acusa en el contexto del Estado Constitucional con motivo de la omnipresencia de los principios con el llamado ‘efecto de irradiación’.

derrotabilidad se vincule también a los problemas de equidad en el Derecho y cuya finalidad no es prescindir de las reglas cuanto complementarlas. Richard S. Tur, por ejemplo, nos dice que la derrotabilidad es una manera sumaria de referirse a un conjunto de rasgos destacados de los sistemas jurídicos –v. gr. equidad, justicia, principios, compasión, razones, derechos, alguna categoría residual de ‘*maldita buena razón*’, de referirse a alguna ‘objeción irrefutable’– que tienen un impacto negativo sobre la atribución normal de las consecuencias jurídicas determinadas para situaciones detalladas¹¹⁰⁵. N. MacCormick, por su parte, sostuvo que si bien las relaciones jurídicas existen en tanto hechos institucionales en virtud de que actos y eventos son interpretados a la luz de un sistema de reglas; no obstante, y precisamente para dar cuenta de aquellos rasgos aludidos, se ha concedido que a las reglas les es inherente la posibilidad de la derrotabilidad:

«sea cual sea el cuidado que se haya puesto, pueden suceder eventos que derroten las figuras que se han creado o que conduzcan a cambiar radicalmente la interpretación de las reglas en que se había confiado. No solamente, en consecuencia, estas ‘cosas’ no parecen existir en el mundo físico como las cañerías y tuberías subterráneas, sino que además parecen tener una forma frágil de existencia –ahora las ves, ahora no. Éste es el significado de la derrotabilidad»¹¹⁰⁶.

La vinculación entre derrotabilidad y equidad me servirá para concluir esta parte¹¹⁰⁷. Sir William Blackstone, el famoso jurista inglés del siglo XVII, veía como una

¹¹⁰⁵ Véase: TUR, Richard S., “Defeseabilism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, núm. 2, 2002, pp. 355-368, aquí pág. 368.

¹¹⁰⁶ MACCORMICK, D. Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007. [trad. al cast. de F. Atria y S. Tschorne, *Instituciones del Derecho. Un ensayo de teoría del Derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2011, por donde se cita, aquí pág. 211]. Esta intuición de MacCormick de equiparar la derrotabilidad como un fenómeno que “rebasa las leyes de la física”, ameritaría un nuevo tratamiento desde la “física cuántica” y su principio de “super-posición” que parece colegirse con esas cualidades misteriosas reconocidas a la derrotabilidad. En efecto, según la moderna física cuántica, un mismo objeto, partícula, etc. podía estar en dos lugares distintos a la vez ropiéndose así el principio de contradicción. Pienso que algunas de las propiedades predicadas de los “principios” podían contrastarse con las propiedades predicadas de los objetos en el mundo cuántico. El principio de super-posición, dicho muy básicamente, es a la física lo que a la lógica sería la negación del principio de contradicción.

¹¹⁰⁷ En este sentido, nos dice Celano, que las reglas y principios sean contemplados como derrotables sobre la base de consideraciones morales, “es la vieja y discutida cuestión de la equidad (*epieikeia*). CELANO, Bruno, “El razonamiento jurídico: tres temas clave, y lo que la filosofía puede (o no puede)

posibilidad deseable la aplicación del Derecho con equidad, es decir, la posibilidad de que el juez corrija la ley cuando le parezca deficiente. Estaba convencido de que ello *es así* toda vez que el legislador no ha podido anticipar todos los casos particulares. Para Blackstone debe haber sitio para poder exceptuar aquellas circunstancias que (de haber sido previstas) el mismo legislador habría exceptuado. Y esa regla de aplicación del Derecho con equidad ha de conservar su *carácter inespecífico*. De otra forma, afirma, se anularía su esencia, quedando entonces reducida a Derecho positivo. Lo anterior, no obstante, de que existe el peligro de que, sin restricciones precisas en la libertad de decidir en base a la equidad, la propia idea de derecho se difumine. De ahí que termine señalando:

«En aras al bien público ha de preferirse el Derecho sin equidad que a la inversa. De seguir con esta segunda opción (la equidad sin derecho) habríamos convertido a los jueces en legisladores a la vez que aumentando la confusión ya que tendríamos tantas diferentes reglas de conducta establecidas en nuestros tribunales, como diferencias hay de capacidad y sentimiento en la mente humana»¹¹⁰⁸.

2.5 LOS PRINCIPIOS COMO COMPONENTE CENTRAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA EL CONSTITUCIONALISMO

Son muchas las consideraciones que, en distintos planos, cabría hacer aquí. Por una parte hay que tener presente que los autores aquí revisados se encuadran bajo la

hacer acerca de ellos”, en: *Íd., Derecho, justicia, razones.*, cit., aquí pp. 165.; en sentido similar: TUR, Richard S., “Defeseabilism”, cit., pág. 361. donde señala: la teoría del Derecho no encaja bien la idea de equidad debido a su carácter esencialmente vago e inestable y que podría terminar, en efecto, “subvirtiendo la idea misma de Derecho”.

¹¹⁰⁸ El párrafo completo reza así: “Equity –escribe Blackstone– thus depending, essentially, upon the particular circumstances of each individual case, there can be no established rules and fixed precepts of equity laid down, without destroying its very essence, and reducing it to a positive law. And, on the other hand, the liberty of considering all cases in an equitable light must not be indulged too far, lest thereby we destroy all law, and leave the decision of every question entirely in the breast of the judge. *And law, without equity, though hard and disagreeable, is much more desirable for the public good than equity without law; which would make every judge a legislator, and introduce most infinite confusion; as there would then be almost as many different rules of action laid down in our courts, as there are differences of capacity and sentiment in the human mind*”. Cf. BLACKSTOKE, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, (1753), cito por la edición con introducción de W. Morrison, London, Cavendish, 2001, aquí pág. 62. (cursivas mías)

llamada «tesis fuerte» de distinción entre principios y reglas. Ésta ha sido refutada por la «tesis débil» según la cual no existe diferencia lógica o cualitativa entre ambos tipos de normas¹¹⁰⁹. La inherente vaguedad del lenguaje en que se expresan no permite trazar aquella tajante distinción. En el mejor de los casos, se trataría de una cuestión de grado, parasitaria, en gran medida, de cómo operan en el razonamiento jurídico¹¹¹⁰. Creo que esta tesis es correcta, pues no parece haber, en el plano ontológico, una distinción cualitativa entre principios y reglas que nos permita identificarles como normas que poseen una estructura determinada¹¹¹¹. Sin embargo, a mi juicio, no debe perderse de vista que esta discusión, entre las distintas tesis sobre principios y reglas también suelen defenderse, no pensando en la teoría de la norma jurídica –o no pensando sólo en ella–; sino pensando, de forma abierta o velada, en la disputa positivismo jurídico vs. no-positivismo¹¹¹².

¹¹⁰⁹ A. Aarnio señala que en la tesis de la demarcación fuerte –basada en el concepto wittgensteiniano de regla: las reglas se siguen o no–, la diferencia entre reglas y principios es cualitativa. Pertenecen a categorías diferentes. Las reglas pueden compararse a las vías del tren: se siguen o no. Si las reglas en conflicto unas con otras, el conflicto puede decidirse, por ejemplo, con la máxima *lex posterior*. La regla que cede deja de formar parte del orden jurídico. La naturaleza de los principios es diferente. Pueden seguirse más o menos. A diferencia de las reglas, no determinan la solución del caso y no se puede hablar de violación de principios en el mismo sentido que de las reglas. Los principios sólo proporcionan bases o criterios para la decisión. Por ello se ha dicho que tienen una dimensión de peso. La tesis de la demarcación débil, según Aarnio, también está conectada con la tradición de pensamiento wittgensteiniana: las reglas y los principios tienen un parecido de familia. Hay una distinción de grado (y no cualitativa entre ellos). Según esta tesis, tanto las reglas como los principios pertenecen a la categoría de normas y juegan un papel similar y análogo en la discreción judicial. Típicamente, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas pero, por otra parte, no existen categorías especiales que permitan distinguirlo de las reglas. Véase: AARNIO, Aulius, “Las reglas en serio” cit., pp. 17-18

¹¹¹⁰ Partidarios de ésta distinción son, entre otros: HART, Herbert L. A., “Postscript” en *Íd.*, *The Concept of Law*, 2nd ed. J. Raz & P. A. Bullock (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 238-276 [tiene trad. al cast. de R. Tamayo y Salmorán, *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, México, IJ-UNAM, 2000]; GIANFORMAGGIO, Lucia, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986; BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *La normatividad del Derecho*, cit., pp. 362; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas.*, cit. p. 45 y ss.; GUASTINI, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, en *Íd.* *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrar i Beltran, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 142-192; COMANDUCCI, Paolo, “Principios e indeterminación del Derecho”, en *Íd.*, *Hacia una teoría analítica del Derecho*, con est. preliminar de R. Escudero Alday, Madrid, CEPC, 2010, pp. 75-92.

¹¹¹¹ En tal sentido: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso “Ontología y función de los mandatos de optimización”, en: R. ALEXY et al., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

¹¹¹² Me parece sintomático de ello, por ejemplo, que el profesor G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (“Epílogo: Acuerdo y desacuerdos con una obra importante” en: ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil.* cit., aquí pág. 163) los denomine “normas-principales” por la connotación que estos revisten cuando se tienen *a là* Dworkin –como exigencias de moralidad– para refutar las tesis del positivismo jurídico. En sentido similar se ha pronunciado L. Prieto: ‘algunas veces lo que se pretende con ello es minar la concepción positivista acerca de la relación entre Derecho y moral, más concretamente la idea de la

Que sea así tampoco debería sorprender: la impronta axiológica reconocida a los principios tiene consecuencias devastadoras para la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. En un contexto donde se haya «rematerializado» el Derecho es difícil, por no decir imposible, distinguir el Derecho que *es* del que *debe ser*. Los principios le infundan una faz dinámica: al tratarse de normas que requieren de un ejercicio de ponderación para determinar su alcance siempre en el marco de un caso concreto, el Derecho pierde, o ve truncada, su rigidez indispensable para predicar la idea misma de certeza¹¹¹³. Lo vuelven, tomando la imagen de Zagrebelsky, «dúctil». Emergerá la imagen de un Derecho más flexible, *soft*, capaz de adaptarse a las circunstancias históricas en un entorno pluralista¹¹¹⁴. Permiten tomar en consideración de circunstancias sociales, políticas o valorativas a menudo echados de menos en la lógica del positivismo jurídico legalista¹¹¹⁵. Al dejar abierto el supuesto de hecho la aplicación de los principios podrá racionalizarse sólo posteriormente, nunca con antelación. Es decir, un Derecho moralizado o que acepte la posibilidad de excepciones implícitas es, para quienes acepten algo así, un Derecho que sólo es determinable *ex post*.

En la literatura del tema encontramos muchos fórmulas que sintetizan lo anterior. Así se habla de que los principios son una especie de «laguna invertida»¹¹¹⁶. De la misma forma se dice que los principios no son susceptibles de una «revisión estable»¹¹¹⁷; que la jerarquía que se establece entre ellos es una «jerarquía móvil»¹¹¹⁸;

distinción entre ambos órdenes normativos’ (Véase: PRIETO SANCHÍS, Luis, “Dúplica a los profesores Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 315-325, aquí pág. 325); PRIETO SANCHÍS, Luis, “Sobre la separación entre Derecho y Moral y otras cuestiones relativas a los principios. Réplica a José Antonio Ramos Pascua”, cit.,

¹¹¹³ Como expresivamente reza un trabajo de GUASTINI, Riccardo, “Derecho dúctil, Derecho incierto”, trad. de M. Gascón, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII-XIV, 1996, pp. 111-123.

¹¹¹⁴ Véase: ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, cit. pp. 9 y ss.

¹¹¹⁵ Algo parecido pretende el Profesor G. Peces-Barba con la incorporación de unos *valores superiores del Ordenamiento* como decisión constitucional básica y que, según considera, tienen fundamento no sólo racional, sino también ‘histórico’ (Véase: *Los valores superiores*, 1ª. reimp., Madrid, Tecnos, 1986, aquí p. 42 y ss.). Con ello, se intenta situar al Derecho ‘en el mundo de la cultura, es decir, en el ámbito de la obra humana en sociedad’ evitando, además, ‘encerrar al Derecho en ‘un guetto formalista, sin criterios materiales de justicia, y sin criterios reales de arraigo social o de medios sociales de implantación’ (Véase también su: “Prólogo”, SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., aquí pág. 12). En relación con la obra de Zagrebelsky, véase: GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Presentación: La concepción del Derecho en ‘El Derecho dúctil’”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII-XIV, 1996.

¹¹¹⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, cit.

¹¹¹⁷ CELANO, Bruno, “*Defeseability* y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables”, cit. aquí pág. 237 En este trabajo Celano aborda la propuesta de J. J. Moreso en su trabajo: “Conflictos

o que entre ellos no hay «precedencias condicionadas»¹¹¹⁹ lo que, a mi juicio, es tanto como decir que escapan a controles o test de tipo lógico. Su carácter *ex post*, por ejemplo, puede graficarse cuando se señala que a los principios hay que «hacerles reaccionar» para que operen, siempre, en el marco de un caso concreto¹¹²⁰. De ahí la importancia de volver nuestra mirada a la polémica sobre los principios generales del Derecho porque es ilustrativa. Y es que la imagen que de ellos extraemos es curiosamente la misma: cuando no es de franca indeterminación (sin necesidad de recurrir a valores¹¹²¹) como mucho, puede hablarse de *sub-determinación* de los principios. Destaca que casi siempre se apele al caso particular, al caso concreto. Salvo estipulación en contrario, si los principios son normas *prima facie* parecen abocar a un derecho tópico, del caso, particularista¹¹²².

La importancia de los principios, pues, aparece fuera de toda duda. Ahora bien, conviene acotar que es difícil encontrar algún autor que defienda el principialismo a ultranza en el sentido de que estime viable la configuración de nuestros sistemas

entre principios constitucionales” el dilema al que se enfrenta es –sumariamente dicho– si las normas obtenidas mediante la revisión de los deberes derrotables son, a su vez, derrotables o no. La respuesta es que también son derrotables.

¹¹¹⁸ GUASTINI, Riccardo, “Derecho dúctil, Derecho incierto”, cit., aquí p. 122.

¹¹¹⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 73.

¹¹²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, cit. aquí pág. 111.

¹¹²¹ En el contexto español, se ha insistido que los valores están en el campo de la «impredecibilidad» (ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 93) o, de forma más reciente, que constituyen el techo ideológico, «el horizonte utópico» del Derecho, pero que no se trata de auténticas normas jurídicas (MARTÍNEZ ROLDÁN, “Valores y normas jurídicas”, *Derechos y libertades*, núm. 19, 2008, pp. 99-122). Antonio E. PÉREZ LUÑO (Véase: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit. pág. 297) no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación, por ello que no estarían en condiciones de ofrecer, por sí solos, cobertura suficiente para fundamentar una decisión. El temor a un decisionismo está latente. Así cuando L. Prieto sostiene que ‘no resultaría factible declarar la inconstitucionalidad de una ley por violación del *valor justicia* si, además, no se vulneran otros preceptos constitucionales’ (PRIETO, Luis, “Los valores superiores del Ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, núm. 11, 1984, pp. 83-90, aquí pág. 58).

¹¹²² Este aspecto queda magníficamente sintetizado cuando M. C. Redondo escribe: “Resulta interesante destacar cómo, a raíz de esto, no es posible defender una tesis universalista de las razones jurídicas si se sostiene, contemporáneamente, que ellas dependen de, o pueden modificarse en virtud de, la presencia de razones morales.” Es decir, “si aceptamos que el contenido de las normas jurídicas (ya sean reglas o principios) puede ser modificado en virtud de razones morales, debemos reconocer que el derecho no es universalmente relevante y no constituye razones universales. Las normas jurídicas serían formulaciones provisionales de genuinas normas universales: las normas morales”. De ahí que termine concluyendo la autora: “si se insiste en el carácter universal de las normas y razones jurídicas, se debe renunciar a la posibilidad de que las normas morales modifiquen las normas jurídicas. En otras palabras, la moral no puede ser la fuente de las excepciones de aplicación de las normas jurídicas i. e. no puede ser la fuente de derrotabilidad. La moral podría sí entrar en conflicto con el derecho, pero dejando intactas la identidad y la fuerza de las normas jurídicas”. Cf. REDONDO, María Cristina, “Razones y normas”, cit. pp. 97-98.

jurídicos únicamente en base a este tipo de normas. Generalmente, suele reconocerse que los sistemas jurídicos se componen fundamentalmente de ambos tipos de normas, reglas y principios¹¹²³. Es difícil, tengo dudas, de que la coexistencia de ambos tipos de normas sea pacífica en el plano conceptual. Sin embargo la misma se ha aceptado de alguna forma apoyándose en la ya mencionada tesis débil de distinción. Lo que sí parece indudable es que los principios en la práctica de los modernos Estados constitucionales son la vía que ha permitido dar cauce a gran parte de sus desarrollos (en el campo de los derechos fundamentales, por ejemplo, son idóneos para articular su vertiente objetiva). Para la reconstrucción de la ideología constitucionalista ese impulso a los principios permite formarnos una idea más completa de la práctica del Derecho y del razonamiento jurídico tanto de funcionarios como de quienes usan las normas. Los principios pues serían ese eslabón perdido u ocultado por el positivismo legalista (sobre todo el continental), al que a menudo se acusa de presentarnos una imagen de nuestros sistemas jurídicos compuestos básicamente de un tipo específico de normas (mandatos); presentados bajo un duro recubrimiento que les haría impermeables a cualquier tipo de valoración o razonamiento práctico por parte de sus aplicadores o usuarios¹¹²⁴. Los principios abocan a la práctica argumentativa sí; a una práctica no definitiva que no excluye razones y por ello “elástica”, inestable o con menor apariencia de estabilidad¹¹²⁵.

¹¹²³ En esto hace énfasis, por ejemplo R. ALEXY quien sostiene que su teoría principialista es un modelo combinado, esto es, de reglas y principios. Y es así porque, según el profesor alemán, el modelo puro de reglas no tiene en cuenta algunas regulaciones de los derechos fundamentales; mientras que el modelo puro de principios no toma en serio las regulaciones adoptadas por la Ley Fundamental. De ahí que termine señalando: “cuando dos formas puras contrapuestas no son aceptables, hay que preguntarse por una forma mixta o combinada, es decir, por un modelo combinado. Un modelo combinado es semejante al modelo de reglas y principios, que surge de la vinculación de un nivel relativo a los principios con un nivel relativo de reglas”. Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 101.

¹¹²⁴ Evidentemente que ese no es el caso de las teorías contemporáneas del positivismo jurídico, tales como las de Bobbio, Kelsen o Hart. Sin embargo, hay una parte de verdad en la acusación de Dworkin a propósito de la tesis de la discreción judicial o mejor; de la teoría de la interpretación positivista: que es deficiente. O acaso tendrá razón el autor americano cuando señala que sería el rechazo al exceso del poder judicial lo que habría llevado a muchos planteamientos –entre ellos incluidos los positivistas– a sostener que su teoría interpretativa es una falsa teoría del razonamiento jurídico? Véase: DWORKIN, Ronald, “En alabanza de la teoría”, *Id.*, *La justicia con toga*, cit., pp. 63-88, aquí pág. 71.

¹¹²⁵ En este sentido, estoy más cerca de la interpretación que hace S. Pozzolo del principialismo, en el sentido de que “vuelve menos estricto el vínculo con el texto normativo en la interpretación constitucional; vínculo ya erosionado a causa del propio lenguaje de los enunciados constitucionales”. [...]. “La argumentación mediante principios tiene, en general, el efecto de volver el discurso jurídico más “elástico”: considerando la positividad como un fenómeno no circunscrible empíricamente comprobable, sino como un proceso que nunca puede decirse que está concluido, afinándose,

Además, convendría tener presente también cómo se valora la idea misma de que una regla de autoridad semántica e indubitablemente aplicable al caso sea desplazada por consideraciones de “axiológicas” o “materiales” para el caso en concreto. Desde la ideología constitucionalista que hace suyo el ideal omnicompreensivo y abarcativo de la Constitución parece no haber lugar a dudas: de forma positiva. Dicha actitud queda ejemplificada cuando J. A. García Amado nos dice que el constitucionalismo (o del iusmoralismo, como a él le gusta referirse a autores tales como Alexy, Dworkin o Zagrebelsky), muestra hacia los principios en tanto normas *prima facie*, mandatos de optimización o normas derrotables, una actitud de su total aprobación así como de su entera satisfacción; mientras que los positivistas suelen mostrar una actitud de resignación¹¹²⁶. Y lleva razón. Nuevamente los planteamientos de A. García Figueroa, uno de los autores más comprometidos con la impronta moral y argumentativa de la ideología constitucionalista, sirve como ejemplo cuando dice: «la propia estructura principal de las notas constitucionales (su derrotabilidad) representa en alguna medida una deficiencia técnica, pero *al servicio de una buena causa* la incorporación de un vínculo sustancial en el Derecho»¹¹²⁷. Vínculo sustancial que, dicho sea de paso, resulta innegable para muchos; sobre todo, en el contexto de los sistemas jurídicos constitucionalizados de la posguerra a los que hacía referencia en la introducción.

En segundo lugar, ¿cómo ha de hacer frente el constitucionalista a la denuncia de que estamos ante un retorno disfrazado de la *aequitas cerebina*? Aquí básicamente porque si bien la ponderación, que es el método de aplicación o interpretación defendido desde el constitucionalismo, no es un método que permite o llega a alcanzar la única respuesta correcta. Pero tampoco es un método absolutamente dejado a la discrecionalidad del aplicador. El nuevo principialismo viene cargado con «el pesado equipaje de la teoría de la argumentación jurídica»¹¹²⁸, que pretende racionalizar y controlar el paso desde las premisas a la conclusión. No me detendré aquí en ello. Pero es un punto fundamental también a destacar y a tener en cuenta. El

reformulándose continuamente en sus contenidos normativos, sobre todo a través de la intervención jurisprudencial, que lleva a rechazar la llamada concepción “objetivista” del Derecho positivo. La tendencia parece ser a considerar Derecho positivo al llamado “Derecho viviente” constituido por la jurisprudencia”. Cf. POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, cit., aquí pág. 114.

¹¹²⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídica”, cit., pág. 111

¹¹²⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad.*, cit., aquí pág. 43.

¹¹²⁸ Véase: “Presentación” en: J. BETEGÓN, et. al., *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pág. 16.

principialismo, al centrarse en argumentos o en el contexto de la justificación, precisa e impulsa el desarrollo de teorías de la argumentación. Contra quienes buscan en los principios la puerta de entrada a la única respuesta correcta; para mí se trata de normas que, a través de los jueces, hacen permeable el Derecho a concepciones morales y políticas vigentes¹¹²⁹.

Por último, me parece que los principios proporcionan herramientas y abren posibilidades que la ideología constitucionalista precisa. Esta tesis es quizá la más fuerte de todo lo que aquí se quiere resaltar; pero, pienso, es consecuente. Si las normas de derechos fundamentales son «mandatos de optimización» entonces no habrá derecho o disposición que no sea objeto de ponderación y, por tanto, *pueda* ser «derrotado», «superado», «desplazado», por otros bienes, valores, principios o derechos en juego. Esto es importante a la luz de la protección de bienes públicos o colectivos; o a la luz de la posibilidad reconocida constitucionalmente en el principio del Estado social para que aquél se aboque a la satisfacción de necesidades básicas precisan una lectura no puramente liberal de la organización social, donde los derechos individuales tengan primacía irrestricta. Con ello, el elenco de «mundos constitucionalmente posibles» se amplía¹¹³⁰. Y se amplía, insisto, siendo consecuentes con la misma, hasta el punto de el máximo principio regulativo que se dice en la base de los Ordenamientos constitucionales, el principio de dignidad humana, también puede eventualmente ser objeto de ponderación o revisión. O lo que es lo mismo no hay normas inderrotables. Esa es una posibilidad que no puede descartarse desde tales desarrollos¹¹³¹.

¹¹²⁹ Eso sí, siempre que no se utilice el recurso a los principios para postular la única respuesta correcta o, incluso, también en el caso de Alexy, cuando se haga énfasis en la ponderación como método “aritmético” o incluso “matematizante” porque parece claro que ahí habría poco espacio para hacer permeable el Derecho a consideraciones políticas o morales vigentes.

¹¹³⁰ La expresión ‘mundos constitucionalmente posibles’, en: MORESO, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, C.E.P.C., 1997, pág. 167 y ss,

¹¹³¹ Como explica J. A. García Amado, ello puede verse por ejemplo, en la revisión realizada por Mathías Herdegen al *Grundgesetz Kommentar* de G. Dürig, donde se sostiene que el derecho a la dignidad humana contenido en el artículo 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn sería un derecho *del mismo tipo* y, por tanto, abierto a la ponderación. El asunto, como nos dice el profesor leonés, tiene una importancia capital en el debate alemán donde se viene discutiendo puede estar constitucionalmente justificada la práctica de la tortura. Véase: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas”, en Íd., *El derecho y sus circunstancias*, cit., aquí pág. 169-205, aquí pág. 198 (nota al pie núm. 38). En sentido similar, A. García Figueroa, después de señalar que “es de mala nota no sólo discrepar del carácter absoluto de del principio de inviolabilidad de la dignidad humana contenido en la Constitución”, lo que lo convierte en un tabú (p. 104); sostiene,

CAPÍTULO QUINTO

APROXIMACIÓN A SU DISEÑO INSTITUCIONAL Y A SU CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

1. LEGALISMO: UN MODELO DE CONSTITUCIONALISMO FUERTE

En esta parte me gustaría destacar la concepción constitucional así como el diseño institucional que, estimo, acompañaría a la ideología legalista. Con todo, debo advertir que aquí no se pretende hacer un análisis exhaustivo de las manifestaciones o peculiaridades que presentan los distintos desarrollos en torno al constitucionalismo o a la justicia constitucional *lato sensu*, sino sólo incidir, en la línea de lo que se viene haciendo, en aquello que me proporcione elementos suficientes para destacar el diseño que considero más acorde con aquella. Pues bien, creo que dicho diseño institucional sería el que propugna lo se ha denominado «constitucionalismo fuerte». Por tal, se entiende un diseño institucional compuesto por una Constitución escrita, rígida y garantizada por un órgano jurisdiccional. Los perfiles que puede adoptar dicho modelo, tal y como tendremos ocasión de ver, dependen de varios factores relacionados entre sí o, incluso, del grado de intensidad o énfasis con el que se destaquen los elementos implicados en esa combinación.

De ahí que resulte también iluminador –además del diseño institucional plasmado– tener presente cómo se conciben, cómo funcionan, cuál es la finalidad o la legitimidad de tales instituciones lo que nos coloca de lleno frente a las tensiones entre constitucionalismo y democracia¹¹³². Ahora bien, quiero y debo hacer notar que,

desde su propuesta de principios como normas derrotables, que: “a quienes interpretan la ausencia de excepciones efectivas (al principio de dignidad humana, por ejemplo) [...] invalida el carácter principal de una norma, habría que insistir en recordarles que en realidad nos hayamos ante una propiedad disposicional y no categórica de las normas y que conviene que no lo olvidemos especialmente si permanecemos atentos a la advertencia de los particularistas, que insisten sobre la imprevisibilidad de las concretas constelaciones de razones que pueden llegar a concluir en un caso particular”. (Véase: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, cit., aquí pág. 138-139.) Esta es, de igual forma, lo que, en tono crítico, M. LA TORRE ha denominado “el espíritu del tiempo”, la idea de que si los derechos fundamentales son principios, entonces pueden ponderarse incluso para derrotar a la idea misma de dignidad. (véase: “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 28, 2013, pp. 25-38, aquí pág. 33-34.

¹¹³² Me parece que la discusión ha quedado ya bien asentada en el ámbito de la filosofía política y jurídica española, que, en algunos extremos –sobre todo en el gremio de los constitucionalistas– recibió

en estricto sentido, esta discusión progresivamente se ha ido desplazado. Ya no está exclusivamente en el plano de los principios sino en el de la ingeniería institucional. Es decir, la discusión en cuanto a la pertinencia del control judicial de la legislación ya no se plantea en términos absolutos: ya no es una discusión de tipo “todo o nada” (control de constitucionalidad de las leyes sí o no). Se ha trasladado a indagar en qué casos puede estimarse justificado un determinado diseño institucional¹¹³³. Sin embargo, para apreciar bien esto, conviene hacer la presentación ‘canónica’ de la polémica con los argumentos que han ido apareciendo últimamente.

1.1 SUPREMACÍA Y RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Para comenzar a calibrar la discusión podemos partir de dos características que suelen asignarse a la Constitución. En primer lugar, las constituciones suelen caracterizarse por su reforzada supremacía a través de la rigidez constitucional. En segundo lugar, por el establecimiento de un sistema complejo de mecanismos, de garantías en el que, en muchos de los casos, se incluye el control jurisdiccional de la Constitución. Parece claro que la justificación de ambas se dificulta a la luz del principio democrático.

de manera acrítica el establecimiento de la justicia constitucional y se centró casi exclusivamente en la famosa polémica Kelsen-Schmitt sobre el guardian de la Constitución. No obstante, por influjo de la doctrina norteamericana –donde, sin género de dudas, encontramos el desarrollo más profundo y copioso del tema– puede advertirse un cambio de tendencia con la aparición del libro de: FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997. Las discusiones también pueden rastrearse en: GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996; DE LORA, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997. Monográficos tales como *Discusiones* (núm. 1, 2000; o de modo más reciente, *Diritto & Questioni Pubbliche*, (núm. 9) donde se discute el libro de: MARTÍ, José Luis, *La democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006. Entre nosotros, a modo de ejemplo tenemos los trabajos de: DE ASÍS, Rafael, “Democracia, constitución, derechos”, mimeo, 2002 y ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J. “Sulla tenzioni tra costituzionalismo e democrazia” en: *Diritti, procedure, virtù*, a cura di M. La Torre y A. Scerbo, G. Giappichelli Editore-Torino, 2005. A la discusión le ha ido acompañando en los últimos años la traducción al castellano de un buen número de obras, siendo de particular relevancia el trabajo de WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford, OUP, 1999. El trabajo de BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en: F. Laporta., et., al, (eds.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004 a ejercido desde su publicación gran influencia en nuestro medio. Ello es así a grado tal que Moreso –emulando las palabras de R. Nozick sobre *A Theory of Justice* de J. Rawls– ha sostenido que este trabajo cierra, en cierto modo, el debate porque a partir de ahora “quien quiera referirse seriamente a esta cuestión deberá partir de dicho trabajo”. Véase: “Acerca de los fundamentos del Constitucionalismo” *Íd.*, *La constitución modelo para armar*, cit., pp. 145-150, aquí pág. 146).

¹¹³³ A mi modo de ver, plantearse así los términos de la discusión sería intentar justificar y dar respuesta a la tesis contextual. Misma que puede formularse como la respuesta de Solón, tal y como veremos al final de este apartado.

Ahora bien, de entrada, hay que llamar la atención sobre el hecho de que cada uno de estos elementos que aunque vinculados, dan lugar a objeciones distintas que suelen presentarse bajo el rótulo genérico de la crítica democrática al constitucionalismo; y, más específicamente, por su inherente carácter *contramayoritario*¹¹³⁴. Desde la ideología legalista que aquí se viene caracterizando, se propone que la misma apueste claramente por la vertiente constitucional o de los derechos entendida en su sentido primigenio, esto es, como límites frente a todo poder¹¹³⁵.

No es infrecuente encontrar referencias a que la idea de supremacía va ligado al concepto mismo de Constitución¹¹³⁶. Para que haya Constitución, se dice, precisamos que ésta se presente como la norma jerárquicamente superior –en nuestra tradición, generalmente escrita– del Ordenamiento¹¹³⁷. Ahora bien, como se sabe, las normas superiores o de mayor jerarquía sirven para articular un sistema de fuentes: en una concepción sistemática del Derecho, la Constitución y sus normas fundamentan la «validez» de normas inferiores. Como se ha destacado, la defensa que hace Kelsen de la garantía jurisdiccional de la constitución se explica *no sólo* por cuestiones políticas sino, sobre todo, por razones concernientes a la teoría del Derecho¹¹³⁸. *El Derecho como sistema* que regula su propia creación, precisa de órgano que controle,

¹¹³⁴ La expresión se atribuye, como se sabe, a A. BICKEL quien sostuvo que, efectivamente, “el control de constitucionalidad de las leyes es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. Cuando la corte suprema declara inconstitucional un acto legislativo, se frustra la voluntad de los representantes de las personas reales aquí y ahora, ejerce control, no en representación de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Eso, sin los matices místicos, es lo que realmente ocurre es la razón por lo que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad antidemocrático”. Véase: *The least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Heaven, 1962, pp. 16-17. Bickel, a su vez, tomó una frase de Hamilton en *El Federalista* (78): “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, *the judiciary*, from the nature of its functions, *will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution*”. Sobre las circunstancias que dan origen a una objeción contrademocrática de la justicia constitucional, véase: FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2ª ed., 2007, aquí pág. 43 y ss.

¹¹³⁵ Para MACCORMICK, Neil D., (“Constitucionalismo y democracia”, trad. de M. Carreras, *Anuario de derechos humanos*, núm. 5, 1988-1989, pp. 367-380, aquí pág. 370) recuerda, en línea de lo que señalábamos en el apartado anterior, que ‘tanto el constitucionalismo como el *Rechtsstaat* florecieron o se desarrollaron precisamente como doctrinas sobre la limitación del poder despótico potencialmente ilimitado’.

¹¹³⁶ Una panorámica general puede verse en: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Constitución”, en: E. Díaz y A. Ruíz Miguel (eds.), *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid, 1ª reimp., 2004, pp. 45-61, aquí p. 50 y ss.

¹¹³⁷ Sobre los diversos sentidos de jerarquía, véase: GUASTINI, Riccardo, “Normas supremas”, trad. de J. Ferrer, *Doxa*, núm. 17-18, 1995, pp. 257-270, esp. pp. 260-261.

¹¹³⁸ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., aquí pág. 315. Sobre este punto en particular véase: PINTORE, Ana, “Kelsen democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, trad. J. A. Pérez Lledón, *Doxa*, pp. 119-144, aquí pp. 136-137.

precisamente, la regularidad (jurídica) de los actos o de las leyes generales; que certifique que se han respetado los criterios, las normas, que regulan la creación de dichos actos *lato sensu* en sus vertientes tanto formal como material¹¹³⁹.

La supremacía se proyecta en cómo operan los mecanismos de reforma o adición constitucional. Generalmente, consiste en la mayor dificultad empleada y requerida para ello. Ello se debe no sólo a su ubicación en el sistema de fuentes, sino también porque se considera en un plano material la norma más importante del Ordenamiento. Pues bien, a la protección de los contenidos constitucionales a través de mecanismos de reforma o adición más agravados que el procedimiento legislativo ordinario, podemos denominarle rigidez. Para referirse a ello, Kelsen, por ejemplo, hablaba de *forma constitucional*, «un determinado procedimiento por el cual, en ciertas condiciones, puede ser creada o bien modificada una constitución en sentido material»¹¹⁴⁰. Tal procedimiento se distingue –v. gr. del procedimiento ordinario de creación de leyes– porque «la elaboración de una decisión válida, i.e. del acto de voluntad generador o modificador de la Constitución, se encuentra vinculada a condiciones que dificultan la tarea»¹¹⁴¹. Su finalidad para Kelsen no sería otra sino

¹¹³⁹ Como explica H. Kelsen en un famoso pasaje: “A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento. Como quiera que se defina, *la Constitución es* siempre el fundamento del Estado, *la base del ordenamiento jurídico* que se pretende conocer. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución —y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado— es que ella constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales: tribunales, autoridades administrativas”. Pero no sólo esto, si bien la idea de Kelsen era, digámoslo así, de tipo más bien técnico, no por ello no admitió un sentido más comprometido: la “Constitución en sentido amplio”. Es éste sentido amplio, nos dice, “el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen, no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino además un catálogo de derechos fundamentales de los individuos, o libertades individuales. Es por ello —es el sentido primordial, si no exclusivo de esta práctica—, que *la Constitución señala principios, direcciones y límites*, para el contenido de las leyes futuras”. Véase: Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, (1928) [trad. cast. de R. Tamayo y Salmorán (revisión de D. García Belaunde), “La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional), *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, trad. de la versión en francés (1928), núm. 15, 2011, pp. 249-300, por donde se cita, aquí pág. 259, (cursivas mías)].

¹¹⁴⁰ *Idem.* aquí pág. 260; en sentido similar en: “Die Funktion der Verfassung”, (*Neues Forum*, vol. 132, (1964) [trad. cast. de E. Bein y corrección técnica de E. E. Marí, “La función de la Constitución”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, año IV, núm. 5, 2010, pp. 150-157, aquí pág. 152]

¹¹⁴¹ KELSEN, Hans, “La función de la Constitución”, cit., aquí pág. 152 y ss.; en sentido similar en: *Íd.*, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, cit., aquí pág. 260.

«conferir *la mayor estabilidad posible* a la autorización para generar normas legales generales, es decir, a la forma de Estado»¹¹⁴².

No es casual que a la idea de supremacía suele acompañarle –o seguirle– la de rigidez. Así se dirá que una Constitución es rígida en la medida en que su procedimiento de reforma es más agravado que el procedimiento legislativo ordinario. Pero esto no es así necesariamente pues no todas las constituciones son rígidas. Si admitimos, como suele hacerse, que para que «haya» Constitución no es necesario que ésta sea escrita; tampoco habrá, pienso, algo así como una conexión conceptual entre rigidez y Constitución¹¹⁴³. En todo caso, conviene tener presente que cuando ello no ocurre estaríamos –dentro de la clásica tipología de J. Bryce– ante una Constitución flexible, que también es, al fin y al cabo, un tipo de Constitución. Las constituciones rígidas, para él, son aquellas:

«que están por encima de otras leyes del país que regulan. El instrumento -o instrumentos- en que están contenidas estas constituciones no proceden de la misma fuente que las otras leyes, es promulgada por un procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o con poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad,

¹¹⁴² KELSEN, Hans, “La función de la Constitución”, cit., aquí pág. 153.

¹¹⁴³ Esto ha dado lugar a una discusión entre L. Prieto y J. C. Bayón sobre si resulta necesaria la rigidez para que haya supremacía (constitucional). Mientras que para Prieto la idea de rigidez no acompaña necesariamente a la de Constitución: “No cabe duda -escribe- de que la rigidez constitucional, es decir, las mayores o menores dificultades que se establecen para que los poderes constituidos, y en especial el legislador, puedan acometer la reforma del texto representa una cuestión importante desde múltiples perspectivas, pero una Constitución flexible sigue siendo –o puede seguir siendo- una norma suprema que debe ser respetada”. Véase: PRIETO, Luis, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Trotta, 2003, aquí pág. 150. Para J. C. Bayón, en cambio, la rigidez si resulta necesaria para la idea de supremacía “entendida como superioridad jerárquica *en sentido estricto*”. Si entiendo bien, Bayón desliza aquí un concepto, digámoslo así, “jurídico y sistemático” de supremacía que se traduce en algún requisito, por mínimo que sea, que le cualifique respecto al procedimiento legislativo ordinario. Sin embargo, me parece que el sentido que le da Prieto, es uno “sociológico”. La cuestión se enreda, pienso, porque, precisamente, la acepción asumida en nuestra tradición es que la Constitución es una norma escrita, que conlleva de forma implícita, la idea de atrincheramiento. En este caso, valen de lleno las observaciones de Bayón –que es lo que él mismo denomina “constitucionalismo en sentido restringido”–. Mientras que, por el otro, la observación de Prieto vale para el sentido de “constitucionalismo en sentido amplio”. Esto es, de que incluso, sin aquellos mecanismos –constitución escrita (rígida) y garantizada por un Tribunal– pueda hablarse con sentido de “Constitución” o, mejor, de *constitucionalismo*.

persona o corporación especial. Cuando alguna de sus medidas entra en colisión con alguna otra de la ley ordinaria, prevalece la primera y la ley debe ceder»¹¹⁴⁴.

Es importante tener presente que la rigidez constitucional predicada es *relativa*. Hay textos que son rígidos en mayor o menor medida. Incluso, ello es así, al interior de un mismo texto constitucional donde no es extraño encontrar disposiciones que son rígidas también en grados distintos¹¹⁴⁵. No hay una sola posibilidad sino un espectro de posibilidades, de mecanismos, de cláusulas, etc., que pueden combinarse. En el grado superior de rigidez están las constituciones –o, mejor, las normas constitucionales– que prohíban al legislador *lato sensu* su reforma. Ejemplo de este tipo de normas pueden encontrarse en la LF alemana respecto a los derechos fundamentales y la forma de Estado federal¹¹⁴⁶. En el grado inferior, en cambio, estarán aquellas constituciones que, al menos, agreguen algún requisito adicional –v. gr. solemnidad, de manifestación expresa, etc., por ínfimo que parezca–, respecto al procedimiento de reforma de ley ordinaria que se contemple con miras a modificar o adicionar el texto la constitucional. No puedo detenerme aquí en las distintas clasificaciones propuestas¹¹⁴⁷. Propongo perfilar el problema de la rigidez y que no es sino el siguiente: con ella se tiende a privilegiar una decisión que fue tomada en el pasado, mientras que se obstaculizan cursos de acción posibles en la actualidad. Se produce un atrincheramiento que para algunos resulta incompatible con el ideal del autogobierno que se basa precisamente en la adopción de decisiones en base al principio de la mayoría¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁴ BRYCE, James, *Constitutions*, Manhattan-New York, Oxford University Press, American Branch, 1901 [trad. cast. de P. Lucas Verdú, *Constituciones rígidas y constituciones flexibles*, Madrid, CEC., 1988, aquí pág. 10].

¹¹⁴⁵ En este sentido, por ejemplo, DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

¹¹⁴⁶ Kelsen también dio cuenta de ello: “*de vez en cuando* -escribió- una Constitución, es decir, el documento así llamado, contiene una disposición según la cual las normas que reglamentan el procedimiento de promulgación de leyes *no pueden ser modificadas bajo ningún aspecto* o por lo menos no en forma tal que alteren la forma de Estado.” Véase: “La función de la Constitución”, cit., aquí pág. 153 (cursivas mías).

¹¹⁴⁷ Hacen eco de ello, entre otros: LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 459-484, especialmente pp. 465-467, donde propone una clasificación; véase también su *El imperio de la ley*, cit., aquí pp. 224-226; así como el trabajo de: RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 51-79, aquí pág. 58.

¹¹⁴⁸ El propio J. Bryce ya había advertido que la rigidez de las constituciones presenta esta problemática. Hablando sobre las aristas que presenta el atrincheramiento en una parte de su libro señala que en Inglaterra comenzó a ganar adeptos la idea de una constitución rígida por todas aquellas

En el segundo de los casos señalados arriba, se cuestionará la legitimidad del órgano que, en ese diseño, tiene encomendada la competencia de dirimir con carácter definitivo el alcance del texto constitucional. Se dirá aquí que asignar esa facultad a un órgano no-representativo supone tomar adoptar una actitud de desconfianza hacia los conciudadanos. Limita la posibilidad de que «el pueblo», –en el caso más idealizado, de forma directa; o, en el más frecuente, por medio de sus representantes– tenga la facultad de decidir en última instancia sobre las cuestiones básicas de convivencia o el contenido y alcance de sus derechos. Dicho en las palabras de L. Sager: «¿por qué estamos dispuestos a aceptar que las decisiones sobre cuestiones fundamentales de justicia política sean tomadas por ‘una combinación de mayorías constitucionales pasadas y tribunales contemporáneos»¹¹⁴⁹. Aunque la objeción democrática *lato sensu* se ha presentado con algunas variantes, en el fondo laten las mismas cuestiones, casi siempre relacionadas con este planteamiento básico. Ahora me ocuparé de la objeción más general que cuestiona por qué o cómo puede legitimarse que una decisión tomada en el pasado –algunas veces, por una pléyade que ya falleció– deba seguir siendo vinculante. Plantear la objeción democrática, en suma, es «reclamar una respuesta de qué es (y por qué) lo que se puede sustraer legítimamente de la decisión de la mayoría»¹¹⁵⁰.

1.2 EL PROBLEMA INTER-TEMPORAL

Ya en los albores del constitucionalismo –sobre todo el estadounidense donde se ubica el origen de la Constitución como norma, suprema y escrita– se cuestionó la legitimidad de que una generación pudiera autodeterminarse, «darse a sí misma» sus

personas menos dispuestas a confiar en la democracia. Véase: Bryce, James, *Constituciones rígidas y constituciones flexibles*, cit.

¹¹⁴⁹ SAGER, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004 [trad. al cast. de A. Torres, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, (con estudio introductorio de V. Ferreres), Madrid, Marcial Pons, 2006, por donde se cita, aquí pág. 33]

¹¹⁵⁰ Véanse: HOLMES, Stephen, “The precommitment and the paradox of the democracy”, en: ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, CUP, 1988 [trad. al cast. de M. Utrilla, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” en: J. Elster, y R. Slagstad (comps.), *Constitucionalismo y democracia*, México, FCE, 1999, pp. 217-262, por donde se cita]; en el mismo sentido, BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en: BETEGÓN, Jerónimo, *et. al.*, (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 67-130, aquí pág. 84.

instituciones, en perjuicio de las venideras. Es decir, ¿cómo se justifica que una generación haya tenido el poder de decidir las cuestiones fundamentales de convivencia social y, con él, el poder de restringir la misma posibilidad de cara al futuro? o para graficarlo con una imagen a menudo invocada ¿cómo justificar que se «aten las manos» a las generaciones futuras? Ante todo, debe tenerse presente que el constituyente es eso, *constitutivo*. Pero no sólo en sentido jurídico sino sobre todo en el político. Define, delimita, el marco institucional y normativo de una comunidad política con vocación de dar estabilidad y, por ende, de perdurar en el tiempo. Pues bien, los argumentos dados entonces continúan proporcionando elementos clave para dar claridad a nuestro tema. Ello es así a tal grado que algunos planteamientos actuales parecen meras variaciones de los debates que mantuvieron los constituyentes americanos; eso sí, soportadas con nuevo instrumental teórico o, incluso, empírico¹¹⁵¹.

Un ejemplo clásico lo encontramos en Th. Paine¹¹⁵². Este autor sostuvo, en el marco de su polémica con E. Burke¹¹⁵³, que «todo gobierno hereditario es tiránico por naturaleza»¹¹⁵⁴, que, contra lo que solía pensarse, no existía un derecho a cancelar las decisiones de las generaciones futuras. «Cada época y generación –escribió– debe ser tan libre para actuar por sí misma, en todos los casos, como las edades y generaciones

¹¹⁵¹ Esto sería de lo que se ocupa, digámoslo así, el constitucionalismo empírico. Véanse los trabajos de: SEGAL, A. Jeffrey, “Judicial Behavior”; y SPILLER, Pablo, y GELY Rafael, “Strategic Judicial Decision-Making”, ambos en: K. E. Whittington, R. D. Keleman y G. A. Caldera, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, OUP, 2008. Aquí, sobre todo, me ocuparé de la vertiente normativa del constitucionalismo. Sin embargo, una buena concepción normativa no debe de dar la espalda a los datos que la experiencia brinda. En cualquier caso, la vertiente normativa está centrada y se ocupa de cómo conciliar el constitucionalismo (entendido como protección de las minorías y de los derechos individuales así como valores sustantivos particulares) y la democracia (en tanto forma de gobierno que coloca la autoridad política última en mayorías populares”. Véase: WHITTINGTON, Keith E., “Constitutionalism”, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, cit., pp. 281-299, aquí pág. 282.

¹¹⁵² En esta parte sigo el planteamiento de: HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” cit.

¹¹⁵³ La polémica, por su famoso libro *Reflections on the French Revolution*, (1790) [trad. cast. con estudio preliminar de E. Tierno Galván, *Reflexiones sobre la revolución francesa*, Madrid, CEC, 1978.] donde, crítica agudamente los métodos y las formas de la revolución francesa que, desde su perspectiva, no debía equipararse con la revolución británica. Se le reconoce el haber inaugurado una línea muy influyente de pensamiento conservador. Véase: entre otros: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “La polémica Burke-Paine” en: G. Peces-Barba, R. De Asís, E. Fernández (eds.), *Historia de los derechos fundamentales*, siglo XVIII, vol. II, Madrid, Dykinson-IDHBC, 2001, pp. 369-417; I. Harris, por ejemplo, sostiene que Burke tuvo como finalidad proteger a la tradición británica, y con ella, las *British Liberties*, satirizando y ridiculizando al extremo a la revolución francesa. Véase también la entrada: “Burke”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (en línea) 2010.

¹¹⁵⁴ PAINE, Thomas, “The Rights of Men part II” en: *Id.*, *Political Writings*, B. Kuklick (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1989, aquí pág. 162. En general, sobre su vida y varios extremos de su obra, puede verse: PISARELLO, Gerardo, “Vindicación de Paine”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, 1999, pp. 233-263.

que la precedieron»; «cada generación es y debe ser competente para todos los fines que sus eventualidades requieran»¹¹⁵⁵. A juicio de Paine, no sólo resultaría inmoral sino imposible arrogarse las opciones de las generaciones venideras. De alguna forma –tal y como explica S. Holmes–, sus ataques contra el precompromiso constitucional proviene de su concepción de la democracia pues para él «la democracia es la regla de la vida, es una guerra contra el pasado»¹¹⁵⁶. En suma, para este autor el gobierno se justifica y legitima a través del consentimiento de los vivos¹¹⁵⁷. De hecho, este era un punto de desencuentro con Burke pues aquél defendía el derecho de los vivos a no estar atados o constreñidos por un documento cuya autoridad deriva de los muertos¹¹⁵⁸.

En una carta dirigida a J. Madison en 1789, Th. Jefferson formuló el mismo punto de forma diáfana. «La cuestión –sostuvo– es si una generación de hombres tiene el derecho de limitar a otra»¹¹⁵⁹. Jefferson consideraba que el usufructo de la tierra está en manos de quienes viven, que los muertos no tenían más derechos sobre ella. De modo similar, le resultaba inmoral que una generación heredase las deudas de generaciones precedentes. Ninguna debía contraer deudas por más de lo que ella misma, en su curso natural de vida, pudiera pagar¹¹⁶⁰. Este planteamiento lo extrapola al ámbito político, de modo tal que, para Jefferson, «ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni siquiera una ley perpetua. [Los individuos] son amos de sus propias personas y, por consiguiente, pueden gobernarse como les plazca. [...] La Constitución y las leyes de sus predecesores se extinguen en su curso natural junto con quienes dieron su ser»¹¹⁶¹. Así, y según su planteamiento más radical, toda Constitución o ley expiraba al término de diecinueve años. Si se aplica más tiempo,

¹¹⁵⁵ PAINE, Thomas, “The Rights of Men part I” en: *Id.*, *Political Writings*, cit., aquí pág. 55.

¹¹⁵⁶ HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, cit., aquí pág. 222

¹¹⁵⁷ PAINE, Thomas, “The Rights of Men part I” en: *Id.*, *Political Writings*, cit., aquí pág. 55.

¹¹⁵⁸ Cf. PAINE, Thomas, “The Rights of Men part I” en: *Id.*, *Political Writings*, cit., aquí pág. 56. A este respecto, si bien la defensa del pueblo como el asidero de la única autoridad posible, se ha hecho notar la centralidad que en un estadio y circunstancia posterior en su pensamiento dio a la escritura constitucional, “escritura” con minúsculas contrapuestas con la (Sagrada) “Escritura” con mayúsculas. Véase: LASTRA, Antonio, “Thomas Paine y la idea de autoridad”, *Diàlegs: Revista d’Estudis Politics i Socials*, núm. 12, vol. 4, 2001, pp. 83-99, aquí pág. 92.

¹¹⁵⁹ JEFFERSON, Thomas, “Letter to James Madison (September 6, 1789)”, en: *Id.*, *Political Writings*, J. Appleby y T. Ball (eds.), Cambridge, CUP, 1999, pp. 593-598, aquí pág. 593.

¹¹⁶⁰ Cf. JEFFERSON, Thomas, “Letter to James Madison (September 6, 1789)”, cit., aquí pág. 594

¹¹⁶¹ Cf. JEFFERSON, Thomas, “Letter to James Madison (September 6, 1789)”, cit., aquí pág. 596

estimaba, debería considerarse un «acto de fuerza, no de Derecho»¹¹⁶². Jefferson creía –siguiendo nuevamente aquí la exposición de S. Holmes– que la idea de ‘perpetuidad’ estaba directamente vinculada con el *Ancien Régime* y que, por ello, debía ser barrida con todos los derechos hereditarios provenientes de aquél¹¹⁶³.

El destinatario de la carta aludida, J. Madison, negó, por el contrario, que la Constitución fuese un peso muerto o una obstrucción para las generaciones futuras. En él podemos encontrar *avant la lettre* algunas tesis de llamado pre-compromiso en la medida en que los nexos no necesariamente tienen que constituir una atadura. La idea es relativamente sencilla: que los límites pueden promover la libertad¹¹⁶⁴. Este autor tenía una especial preocupación por la idea de Jefferson de que cada generación debería ratificar su forma de gobierno pues, más allá de su dudosa puesta en práctica, la propuesta le parecía sujeta a no pocas objeciones. Así, por ejemplo, se preguntaba Madison:

«¿un gobierno reformado con tanta frecuencia no se haría demasiado mutable como para conservar en su favor los prejuicios que la antigüedad inspira y que tal vez constituye una saludable ayuda para el más racional de los Gobiernos en la más ilustrada era? ¿No engendraría tan periódica revisión facciones perniciosas que de otra manera no podrían cobrar existencia? ¿Un gobierno que dependiera de cierta y positiva intervención de la Sociedad misma para continuar existiendo más allá de una fecha dada no estaría, a fin de cuentas, demasiado sujeto a los azares y consecuencias de un interregno de hecho?»¹¹⁶⁵

Si las leyes positivas se extinguieran en un determinado tiempo, con ellas se extinguirían, también, la mayoría de derechos y obligaciones, de tal forma que dejarían de cumplir su cometido convirtiéndose solo en un débil remedio frente a la anarquía; generándose un estado de cosas de incertidumbre generalizada. Con lo cual, explica Madison, «los derechos de propiedad fenecerían de manera absoluta y se

¹¹⁶² *Ibidem*.

¹¹⁶³ HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” cit., pág. 227

¹¹⁶⁴ HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” cit., pág. 239

¹¹⁶⁵ MADISON, James, “Letter to Thomas Jefferson” (February 4, 1790) [trad. cast. de J. Nicolás Muñoz, “Carta a Thomas Jefferson sobre las generaciones (4 de febrero de 1790)” en *Id.*, *República y libertad*, CEPC, 2006, pp. 101-105, por donde se cita, aquí pág. 102.]; respecto su comprensión de las facciones es fundamental su trabajo de *El Federalista* n.º 10 (y n.º 9).

generarían las más violentas peleas entre los interesados en hacer revivir esos derechos y los interesados en una nueva modelación del anterior estado de la propiedad». También Aumentaría una licenciosidad que «desincentivaría, por un lado, los esfuerzos continuados de la industria, que solo la permanencia de las leyes procura y, por el otro, daría una ventaja desproporcionada a la parte más hábil y emprendedora de la sociedad frente a la menos sagaz y activa»¹¹⁶⁶. La vía que Madison vislumbraba para escapar a aquélla dinámica, esto es, a los eventuales peligros que anidan en esta doctrina, que exigiría, por ejemplo, que cada nuevo miembro de la sociedad preste su consentimiento expreso a todo el orden establecido cuando adquiriése la mayoría de edad, consistía en una ficción. En considerar que el asentimiento necesario se ha prestado de forma tácita o implícita¹¹⁶⁷.

En la interpretación que hace S. Holmes del trabajo de Madison¹¹⁶⁸ se incide, precisamente, en los problemas de la inestabilidad que reduce la importancia del consentimiento popular a la vez que intensifica notablemente el papel del azar o produce espacios para la demagogia. Si las reglas fundamentales se sitúan lejos del fácil alcance las partes agraviadas se verían obligadas a administrar sus recursos, beneficiándose los ciudadanos de tener las manos atadas. Al evitar una ruinosa lucha por reglas abstractas, podrían alcanzar más metas concretas que si se entablara y se ganara una campaña enconada por las enmiendas. En sus palabras: «es mucho más fácil escudriñar en las pequeñas dificultades que se presentan inmediatamente a toda gran plan que comprender sus beneficios generales o remotos»¹¹⁶⁹. Sin embargo, Madison reconocía la importancia que para el legislador filosófico tiene la advertencia de Jefferson para prevenir a las generaciones actuales de la imposición de cargas injustas o innecesarias a sus herederos¹¹⁷⁰. En esta argumentación pueden advertirse ya varias de las estrategias utilizadas para defender el constitucionalismo.

De la misma forma, y como es de sobra conocido, en J. Madison tenemos una defensa de la idea de supremacía de la Constitución así como del control de constitucionalidad de las leyes. El celeberrimo escrito n.º 78 de *El Federalista* sienta

¹¹⁶⁶ Cf. MADISON, James, “Carta a Thomas Jefferson sobre las generaciones”, cit., aquí pág. 103.

¹¹⁶⁷ Cf. MADISON, James, “Carta a Thomas Jefferson sobre las generaciones”, cit., aquí pág. 104.

¹¹⁶⁸ Cf. HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” cit., pág. 227

¹¹⁶⁹ Cf. MADISON, James, “Carta a Thomas Jefferson sobre las generaciones”, cit., aquí pág. 105.

¹¹⁷⁰ *Ibid.* pág. 104.

las bases de una sus defensas históricas más importantes¹¹⁷¹. Básicamente, en él sostiene que el legislativo es un poder derivado y no originario. No puede, ni debe, suplantar los que se supone serían los deseos auténticos del pueblo expresados en su Constitución. Para Madison la lectura más racional del entramado institucional, frente a la posible suplantación del legislativo, pasa por entender que la rama judicial es una especie de cuerpo intermedio entre el legislativo y la Constitución. De tal forma que es posible y deseable, que los jueces revisen el actuar del legislativo con miras a que éste se mantenga dentro de los márgenes de autoridad que le fueron conferidos en la Constitución. Lo que le siguió es historia conocida. Una argumentación similar fue esgrimida por el Juez Marshall en *Marbury v. Madison* dando origen, en sentido estricto, con la institución de la *Judicial Review*, y, con ello, lo que a la postre se conocerá como la lógica «Madison-Marshall»¹¹⁷².

No me detendré en ella. Intentaré avanzar en mi esquema para ver cuáles son las propuestas de justificación del constitucionalismo. Antes, puntualizaré una crítica formulada al problema intertemporal pues, para algunos, hay algo mal planteado en ella. Resulta artificioso hablar en sentido estricto de «derechos de las generaciones». Las generaciones no tienen derechos sino los individuos. En ello radica el «talón de

¹¹⁷¹ Para algunos se trata de la justificación más original y más importante que históricamente se haya realizado. Véanse, por ejemplo: SUNSTEIN, Cass R., “Constituciones y democracias: Epílogo” en: J. Elster, y R. Slagstad (comps.), *Constitucionalismo y democracia*, cit., pp. 344-371, aquí pp. 344-350; En el mismo sentido: GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en: R. VÁZQUEZ (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 4ª reimp., 2006, pág. 215 y ss.

¹¹⁷² Aunque esta argumentación no brinda un sustento inquebrantable para la institución, ni mucho menos; sin embargo, la importancia de la decisión del Juez Marshall para la historia constitucional estadounidense está fuera de toda duda. La bibliografía sobre este punto poco menos que inabarcable. A modo de ejemplo, puede verse: NELSON, W. E., *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Kansas, University of Kansas Press, 2000. Ahora bien, con ello no quiere decir que su origen sea indisputado –sobre todo teniendo en mente su antidemocrático origen– o que se acepte unánimemente, tal y como veremos más adelante. Sobre los problemas del origen antidemocrático de la justicia constitucional en Estados Unidos, puede verse, todavía, el trabajo de: GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 16 y ss. En todo caso, y aunque sea una obviedad, conviene también presente que si acudimos a Estados Unidos para analizar la institución de la *Judicial Review* es porque ahí surge el constitucionalismo moderno entendido en tanto constitución rígida y garantizada; y más específicamente, un modelo de constitucionalismo fuerte que ha tenido varias ‘oleadas’. La primera sería precisamente la surgida con *Marbury v. Madison*; la segunda, con motivo del modelo kelseniano de justicia constitucional –adoptado fundamentalmente en las constituciones europeas de la posguerra–; y el tercero, el que ha venido tras la caída del muro de Berlín y el desmantelamiento de la URSS en la Europa del Este. Véase: GINSBURG, Tom, “The Global Spread of Constitutional Review”, en: K. E. Whittington, R. D. Keleman y G. A. Caldera, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, cit., pp. 81-99, aquí pág. 90.

Aquiles de esta objeción»¹¹⁷³. De seguirse esta argumentación al pie de la letra, es decir, si consideramos que ninguna institución (o sistema de reglas) es legítimo si no se da la oportunidad «real» de que cada nuevo miembro de la comunidad política exprese su adhesión, es preciso mantener abierto el proceso decisorio permanentemente lo que, como señala F. Laporta, «significaría que no terminaríamos por decidir nunca y con ello hacer imposible la posibilidad de gobernarnos mediante reglas»¹¹⁷⁴. Este argumento es iluminador pues desliza hasta el extremo la idea de una «deliberación sin fin». Ahora bien, una cosa es que haya necesidad de decidir y otra muy distinta el modo en que se decida. Necesitamos reglas, sí; pero ello no significa que éstas tengan que ser inmodificables¹¹⁷⁵. Lo que seguiría en pie, no obstante lo anterior, es que unas decisiones se constituyen en privilegio de *algunos*, lo que supone ciertamente un menoscabo al igual derecho a decidir o participar en los asuntos públicos.

1.3 INTENTOS DE FUNDAMENTACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO (FUERTE)

En algunas versiones contemporáneas sigue presente cierta influencia de las discusiones de los *Founding Fathers*. Así, por ejemplo, uno de los argumentos más esgrimidos intenta destacar al momento constituyente en sí; dotándolo de especial dignidad. Con ello, podrían distinguirse, al menos, entre dos tipos o clases de decisiones políticas. Este planteamiento al que me refiero es el sostenido por B. Ackerman, para quien la práctica constitucional estadounidense está basada –ya desde los escritos de *The Federalist*–, en una «lógica dualista». Por una parte, tendríamos las decisiones tomadas en el momento constituyente, esto es, por «el pueblo mismo», y, por otra, las tomadas por el gobierno¹¹⁷⁶. El constituyente sería desde esta óptica un momento especial en la historia de una nación, un momento de responsabilidad,

¹¹⁷³ Véase: LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la Constitución”, cit., aquí pág. 481.

¹¹⁷⁴ LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la Constitución”, cit., aquí pág. 482.

¹¹⁷⁵ El problema, se ha dicho, no radica tanto en la oposición entre reglas y democracia, sino entre protección de reglas y democracia. Es decir, “el problema no es que haya reglas sino que éstas no puedan cambiarse”. En este sentido, por ejemplo: SANCHEZ-CUENCA, Ignacio, *Mas democracia, menos liberalismo*, Madrid, Katz, 2010, aquí pág. 138

¹¹⁷⁶ Es el argumento desarrollado por: ACKERMAN, Bruce, “The Storrs Lectures 1983: Discovering the Constitution”, *The Yale Law Journal*, núm. 93, 1984, pp. 1013-1072, pp.; Véase también su: *We the People*. Vol. 1, “Foundations”, Harvard University Press, 1991.

habilidad y acuerdos políticos extraordinarios. De tal forma que en periodos dados, las sociedades –de nuevo, de forma análoga a los individuos– suelen tomar «mejores» decisiones. Más meditadas, imparciales, pensadas a largo plazo y con las que *siempre* estarían comprometidas. El argumento continúa señalando que en otros periodos o momentos de política ordinaria, en cambio, las sociedades no reparan a profundidad las consecuencias de sus decisiones. Ya sea porque están sujetas a disputas propias de las ambiciones de poder o porque son incapaces de no caer en la tentación de placeres u objetivos inmediatos.

Obsérvese que aquí el argumento de la defensa descansa en la idea misma de democracia. Lo que se busca es que prevalezca la decisión que posee mayor legitimidad derivada del momento constitucional que fue, según el argumento, un ejercicio de política extraordinaria. Las decisiones del gobierno, las que, digamos, ocurren todos los días, por el contrario, no reflejan la misma movilización ni debate de aquellas. Ello va a suponer una restricción para los representantes, que no podrán arrogarse la atribución de anular o invalidar las decisiones del «pueblo» en aquel momento constitucional. Si desean reclamar para sus decisiones la forma más alta de legitimidad democrática, deben tomar un camino muy largo y trabajar para lograr *otro* momento constitucional¹¹⁷⁷. A la luz de la defensa del control de judicial de las leyes esto es muy importante: al ser la Constitución la decisión popular por antonomasia, la invalidación de las leyes contrarias a ella se ejercería, precisamente, en nombre del pueblo de tal modo que el juez no usurparía nada al pueblo mismo. Dejando de lado esto último por ahora, adviértase que el argumento nos muestra o dibuja un proceso constituyente sumamente cualificado (por no decir, idealizado). Por ello, puede someterse a prueba indagando las circunstancias de aquel momento analizando si, efectivamente, fue la mayoría, o «el pueblo» quien, después de un concienzudo proceso de deliberación, se dio su propia Constitución.

Otro argumento nos habla de la conveniencia de alejar algunos temas de la discusión pública. «Atar las manos» a las futuras generaciones para que no estén sujetas a los vaivenes de la política quizá sea una buena decisión porque sino aquéllas «no tendrían manos», nos dice una metáfora que ha hecho fortuna. Se trata de las

¹¹⁷⁷ Cf. ACKERMAN, Bruce, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, AA. VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de la constitucionalidad*, Madrid, CEC, 1991, pp. 15-31, aquí pág. 18.

«reglas mordaza» [*Gag-Rules*] que ha popularizado S. Holmes, y que nos recuerdan la conveniencia de apartar determinados temas de la agenda de la deliberación colectiva. Que se aparten resulta indispensable para alcanzar objetivos sociales que, de otra manera, y por el profundo desacuerdo que suscitan, no podrían lograrse. Así vistas las reglas mordaza más que ataduras, son, por el contrario, «uno de los principales obsequios del constitucionalismo a la democracia». Así, una *gag rule* puede describirse «como una decisión comunitaria de mantenerse callada sobre determinadas cuestiones [...] asuntos que, de ser colocados bajo el control de las mayorías electorales, inducirían a la parálisis gubernamental a la pérdida del tiempo [...] o a la exacerbación de ánimos faccionales»¹¹⁷⁸. Son «cadenas que liberan». Un oxímoron.

El ejemplo recurrente aquí es el de apartar de la agenda política cuestiones religiosas y que suele concretarse en el principio de la separación Iglesia-Estado y puede ser visto como una aplicación del principio de tolerancia liberal. Con esa exclusión se produce una suerte de «privatización» de aquellas cuestiones controvertidas; trasladándose a otro ámbito en el cual se genera la reflexión y discusión sobre las mismas. Siguiendo un planteamiento rawlsiano, esto ha sido llamado «método de evitación»¹¹⁷⁹. Con él se posibilitaría en nuestras sociedades bajo el «hecho del pluralismo» alcanzar los objetivos del proyecto la «justicia como equidad», entre ellos, el objetivo de encontrar una base pública para el acuerdo político¹¹⁸⁰. Esta es su razón de ser: con miras a alcanzar dicho acuerdo «procuramos, en la medida de lo posible, *evitar* las cuestiones controvertidas, sean filosóficas, morales o religiosas. Procedemos de esta manera –escribe Rawls–, no porque estas cuestiones sean irrelevantes o porque las encaremos con indiferencia, sino porque

¹¹⁷⁸ Cf. HOLMES, Stephen, “Las reglas mordaza o la política de la omisión” en: ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, cit., aquí pág. 51. (suprimo parte del párrafo).

¹¹⁷⁹ Véanse: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Sulla tenzioni tra costituzionalismo e democrazia” en: *Diritti, procedure, virtù*, a cura di M. La Torre y A. Scerbo, G. Giapichelli Editore-Torino, 2005, pp. 15-42, aquí pp. 30-31; MORESO, Juan José, “El alcance del pre-compromiso”, *Discusiones*, núm. 1 [ahora en: *Íd., La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 137-144, por donde se cita, aquí pág. 141]. A este tipo de pre-compromiso, es decir, al que surge de la política de la omisión, Moreso lo denomina de forma cercana “precompromiso como mecanismo de evitación”

¹¹⁸⁰ Véase: RAWLS, John, “Justice as Fairness”, *Philosophy and Public Affairs*, v. 13, núm. 3, 1985, pp. 223-239, aquí pág. 230 [trad. cast. de M. A. Rodilla, “La justicia como equidad” en: J. Rawls, *La justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1999]

creemos que son muy importantes y reconocemos que no existe una forma de resolverlas políticamente»¹¹⁸¹.

Ahora bien, ese tipo de reglas tienen sus inconvenientes. La decisión de apartar o evitar determinadas cuestiones suscitará la duda de *quién* la tomó y, sobre todo, *con qué autoridad*. Y como afirma el propio S. Holmes lo anterior es potencialmente peligroso. «Aunque no se pueda prescindir de ellas –escribe–, tampoco se puede acallar la conciencia de culpabilidad que inevitablemente producen»¹¹⁸². Ello resulta más patente en aquellos casos donde el momento constituyente es más difícil de sublimarse¹¹⁸³. Aquí retomo lo ya señalado. Indagar sobre las condiciones bajo las cuales lleva a cabo puede debilitar este tipo de argumentación; lo que resulta particularmente cierto en los procesos de transición de regímenes autoritarios a la democracia¹¹⁸⁴. Me explico. En contextos donde la moneda de curso han sido las violaciones masivas de derechos humanos, la persecución de minorías étnicas, la segregación racial, etc., qué llegue a considerarse necesario alejar o evitar de la discusión pública adquiere tintes dramáticos. Para decirlo más claro: la *decisión* de qué crímenes juzgar, a quiénes, la concesión de amnistías, instaurar comisiones de la verdad, diseñar mecanismos de reparación, etc. son, dependen de, acuerdos fuertemente condicionados. Atienden a lo *posible* en un momento dado. Se

¹¹⁸¹ RAWLS, John, “Justice as Fairness”, cit., aquí pág. 230

¹¹⁸² HOLMES, Stephen, “Las reglas mordaza o la política de la omisión”, cit, pág. 88. Creo que estas últimas afirmaciones de Holmes matizan su postura, y en cierto sentido, deja sin efecto una objeción de Moreso cuando dice que aquél “traspasa los ejemplos aceptables cuando las alternativas no son indiferentes”. Pero en realidad, si entiendo bien, la política de la omisión tiene cierto carácter trágico porque implica dejar de lado alternativas que consideramos no sólo aceptables sino, incluso, justificadas.

¹¹⁸³ En otro trabajo, S. Holmes se ha referido a este tipo de contextos, por lo demás, nada infrecuentes en la última década del siglo XX con la desintegración de la antigua URSS. Véase: HOLMES, Stephen, “Constitutionalism, democracy and desintegration” en: H. Hongju Koh y R. C. Slye, *Deliberative Democracy and Human Rights*, [trad. al cast. de P. Bergallo y M. Alegre, “El constitucionalismo, la democracia y la desintegración”, en: H. Hongju Koh y R. C. Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa 2001, pp.] Sobre este trabajo de Holmes, se hace notar en la introducción que acompaña a este libro que ésta es, en efecto, “una visión instrumentalista de las constituciones como sólo un aspecto en la tarea de la construcción del Estado”, en el sentido de, que para Holmes, las constituciones se deben juzgar “por cuánto han servido para el ordenamiento de una sociedad, y no por los procedimientos que las originaron o alguna noción filosófica de lo correcto o lo incorrecto”. Véase: H. HONGJUSU KOH y Ronald C. SLYE, “Democracia deliberativa y derechos humanos: una introducción”, pp. 15-34, aquí pág. 25.

¹¹⁸⁴ Como se sabe, en este ámbito se ha desarrollado toda una literatura especializada denominada justicia transicional que se ocupa precisamente del paso, de la transición, de un pasado anti-democrático hacia un presente democrático y todos los problemas vinculados (comisiones de la verdad, reparación, otorgamiento de amnistías, des-ideologización, etc.)

está en una lógica alejada de esos acuerdos libres, deliberados o robustos sobre cómo organizar una sociedad (de la contrafáctica «posición original»).

¿Qué pretendo señalar con todo ello? Algo muy sencillo. No es cierto que los momentos constituyentes funcionen siempre bajo la lógica de «altura de miras» en un proceso amplio, participativo; mientras que la política ordinaria esté atrapada por intereses mezquinos, estrechos, inexpugnables. A menudo suele presentárenos el constituyente como un momento liderado por auténticos “pro-hombres”, “sabios”, “expertos”, que legislan para la ignorante y peligrosa mayoría¹¹⁸⁵. Pero esto es, por lo menos, dudoso. Al contrario, no son pocas las constituciones fueron escritas en momentos de gran turbulencia, cuando el régimen anterior entra en una dinámica de profunda crisis o inclusive llega a colapsar¹¹⁸⁶. Sin ir más lejos, la transición española muestra dos aspectos importantes que aquí se han venido señalando. Por un lado, que no se desarrolló en un marco de libertad de acción importante sino bajo presiones de distintos signos¹¹⁸⁷. Por otro lado, constituye un ejemplo de un constituyente que limita fuertemente a sus sucesores al establecer un mecanismo de reforma tan costoso o agravado. Puede, incluso, cuestionarse su grado de consenso. Dudarse de que haya sido tan amplio en una situación en la cual, para algunos (sectores conservadores), representó la *meta de llegada* del proceso de transición mientras que para otros (fuerzas progresistas) significó un *punto de partida*, un preludeo anticipador de un amplio programa de renovación (o de revolución) de los causes jurídico-políticos y económico-sociales de su forma de convivencia¹¹⁸⁸. Hoy se dan imágenes muy gráficas como, por ejemplo, la que sostiene que en España se pasó «del consenso

¹¹⁸⁵ Como recuerda Peces-Barba, a menudo la democracia es valorada de modo negativo por todos aquellos que no creen que no puede confiarse en el vulgo: “en un texto renacentista sobre Cornelio Tácito, Scipione Amirato sostiene que Platón identificó al vulgo con una bestia enorme a la que es preciso frenar”. Véase: PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Diez lecciones de Ética, Poder y Derecho*, cit., aquí pág. 64.

¹¹⁸⁶ ELSTER, Jon, “Don’t Burn Your Bridge Before You Come To It: Some Ambiguities and Complexities of Precommitment”, *Texas Law Review*, núm. 81, 2002-2003, pp. 1751-1787, aquí pág. 1768.

¹¹⁸⁷ F. Laporta hace referencia (Véanse: “El ámbito de la Constitución”, cit., aquí pág. 464; *Íd.*, *El imperio de la ley*. cit., aquí pág. 223) a que el proceso de transición española, por seguir con este ejemplo, estuvo presionado por la Iglesia Católica, para mantener los privilegios del trato recibido por el régimen franquista y que logró, vía concordato, incluir cláusulas de privilegio a su favor. Por no hablar ya de la sombra que el comportamiento militar pendía sobre aquél momento y hasta recién aprobada la Constitución con el intento de golpe de Estado de Tejero.

¹¹⁸⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Los derechos fundamentales*, 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 1998, aquí pág. 57.

constituyente al conflicto permanente»¹¹⁸⁹. Pero no abundaré en esto. Continuaré con otras estrategias de fundamentación.

Pues bien, como vengo insistiendo, entre los intentos para justificar el constitucionalismo destaca la idea del «precompromiso» o las también llamadas «estrategias Ulises» que Jon Elster popularizara. Antes de volver a la consabida metáfora conviene tener presente qué podemos entender por «precompromiso»¹¹⁹⁰. Según el profesor noruego, alguien se ‘pre-compromete’ cuando «actúa en un punto del tiempo para asegurar que en un momento posterior, ejecutará un acto que podría pero que no habría ejecutado sin ese acto previo»¹¹⁹¹. Ahora bien, en la forma en que Elster lo define, no basta con interiorizar o incluso expresar un deseo sino que hace falta una modificación en el mundo exterior, una acción observable. No se trata simplemente de una resolución mental. La acción debe ser tal que origine un cambio en el mundo externo y que la misma pueda deshacerse únicamente con algún coste o esfuerzo. De tal forma que, tal y como explica Elster, gritar en una habitación vacía «voy a dejar de fumar» es una forma de comportamiento verbal, pero no un ‘pre-compromiso’. Por el contrario, continúa explicando el autor, Charles De Gaulle quería dejar de fumar, y anunció su intención a sus amigos, para que su amor propio le impidiera reincidir, su comportamiento sí puede cualificarse como una forma de pre-compromiso¹¹⁹².

Como el anterior, son muchos los ejemplos que podemos encontrar¹¹⁹³. No obstante, el que parece haber hecho mayor fortuna, sin duda, es el de Ulises y las

¹¹⁸⁹ Por utilizar el nombre del libro de: ALZAGA VILLAMIL, Óscar, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid, Trotta, 2011. Es la versión revisada y publicada de su discurso de ingreso a la Real Academia de Ciencias Jurídicas y Morales y en el que, sintéticamente, da cuenta de cómo en España se ha pasado del consenso a un estadio de continua crispación y conflicto, y en el que, precisamente, los acuerdos, según el autor, brillan por su ausencia.

¹¹⁹⁰ “Atarse a sí mismo –nos dice ‘el J. Elster’ de *Ulises y las sirenas*– es llevar a cabo cierta decisión en el tiempo t_1 para aumentar la probabilidad de llevar a cabo otra decisión en el tiempo t_2 ”. Véase: ELSTER, Jon, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, CUP, 1979 [trad. cast. de J. J. Utrilla, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, 3ª. reimp., México, FCE, 2000, por donde se cita, aquí pág. 71]

¹¹⁹¹ ELSTER, Jon, “Don’t Burn Your Bridge Before You Come To It”, cit., aquí pág. 1754.

¹¹⁹² *Ibidem*.

¹¹⁹³ Ya puestos en ello, me parece que un buen ejemplo de pre-compromiso lo encontramos en el escritor argentino Ernesto Sábato. Como se sabe, Sábato fue en una primera etapa de su vida, además de comunista, un destacado físico (trabajó en radiaciones atómicas en *L’Institut Curie* e hizo alguna estancia de investigación en el MIT de Massachussets). Cuando decidió afirmar su vocación literaria, y después de ‘darle muchas vueltas’, se instaló a las afueras de la ciudad con la pretensión de abandonar definitivamente la ciencia y dedicarse a lo que le resultaba una necesidad más profunda y radical: el

sirenas¹¹⁹⁴. El personaje de *La Odisea*, como se sabe, quería escuchar el canto de las sirenas a pesar de saberse incapaz de no arrojarse al mar –esto es, de no tener fuerza de voluntad suficiente para resistir–. Por ello, siguiendo un consejo de Circe, ordenó a la tripulación taparse los oídos con cera y que él fuera atado al mástil de su embarcación con la finalidad, precisamente, de no sucumbir al canto de las sirenas. La belleza de la metáfora radica en que si bien Ulises no era completamente racional, tampoco era lo contrario; esto es, completamente irracional, porque fue capaz de alcanzar su objetivo (escuchar el canto de las sirenas sin sucumbir) por medio de una estrategia indirecta. Pues bien, utilizando esta misma metáfora se llegó a decir que las sociedades serían capaces de «atarse a sí mismas» para alcanzar por tales medios indirectos lo que no les resulta posible precisamente por su *akrasia* o debilidad de voluntad. «La nación –escribió Elster– puede atarse ‘a sí misma’ mediante la asamblea constituyente, confiando ciertos poderes a la rama judicial, requiriendo que las reglas básicas sólo puedan ser cambiadas por una mayoría de dos tercios o tres cuartos, etcétera»¹¹⁹⁵.

Como se sabe también, en trabajos posteriores Elster abandonó esa idea¹¹⁹⁶. Y lo hizo por la sencilla razón de que una «generación constituyente», se limita *a sí misma* es muy cuestionable. Es engañoso trasladar la noción de racionalidad (o para ser más precisos, de ‘racionalidad imperfecta’) del plano individual al colectivo¹¹⁹⁷.

ejercicio de las letras. Pues bien, con tal finalidad, el mismo Sábato dice que, al igual que Hernán Cortés, tuvo que “quemar sus naves”; “no quiso saber más nada”. Para “no tener retorno”, señala, *regaló todos sus libros de física y matemáticas superiores a sus amigos* para consagrarse por completo a la literatura. Me parece que este es un claro ejemplo de pre-compromiso.

¹¹⁹⁴ ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, cit., aquí pp. 66 y ss. En España desarrolló este argumento, entre otros, MORESO, Juan José, “Derechos y justicia constitucional imperfecta”, *Discusiones*, núm. 1, pp. 15-51, aquí, pp. 35 y ss; en su trabajo posterior (“El alcance del pre-compromiso” cit., aquí pág. 140) denomina este tipo de pre-compromiso como “mecanismo para alcanzar resultados adecuados”.

¹¹⁹⁵ ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas.*, cit., aquí p. 159 (cursivas más).

¹¹⁹⁶ Como veremos, por varias de sus afirmaciones, tal vez resulte más apropiado decir que rebajó el argumento. Véase: ELSTER Jon, *Salomonic Judgements. Studies in in the Limitation of Rationality*, Cambridge, The Syndicate of the Press of the University of Cambridge, 1989, [trad. cast. de C. Gardini, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Barcelona, Gedisa, 2ª ed., 1995, por donde se cita, cap. IV]; *Íd.*, *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Cambridge, CUP, 2000 [trad. cast. de J. Mundó, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002, por donde se cita, esp. cap. II]

¹¹⁹⁷ En efecto, no se pueden equiparar las decisiones de un sujeto permanente con la autolimitación de una comunidad, es muy difícil, por no decir prácticamente que es imposible. Existen diferencias notables entre las decisiones individuales y colectivas. Como explica Elster: “la más célebre ‘desanalogía’ entre ambos planos surge el proceso de formación de preferencias. El teorema de la

Además, vista con atención, la idea no parece tan certera en la medida en que las personas, al menos en política, no trata de limitarse a sí misma sino a los demás. Dice Elster: «la generación constituyente no desea sólo limitarse a sí misma sino sobre todo limitar a sus sucesoras»¹¹⁹⁸. Recuérdese aquí el caso español. Más complicado resulta, en fin, sortear la primera objeción. ¿Es posible equiparar las decisiones de un sujeto con la autolimitación de una comunidad? Parece que no. Como explica el propio Elster: «ahora creo que tomé la idea con mayor seriedad de lo que merecía. Como en muchos otros casos, transferir conceptos utilizados para estudiar lo individual al comportamiento de las colectividades como si éstas pudieran ser vistas como grandes individuos, puede ser muy engañoso». No es cierto que Ulises se atara a sí mismo. *Alguien* lo ató e intentó asegurarse de que la tripulación no hiciera caso a sus órdenes. En el caso de las sociedades esto se complica porque *no hay nadie externo a ellas*¹¹⁹⁹. Todo ello sin mencionar el rol que el oportunismo juega aquí¹²⁰⁰. De tal forma que «el método de imposición de costes adicionales –el precompromiso en sí–, lo cual es muy común en el plano individual, no suele estar disponible en el plano colectivo»¹²⁰¹.

Si se repara en lo señalado, no es difícil inferir que ésta es una estrategia también a dos planos. O mejor, que hay decisiones de distinta «calidad» en la medida en que pueden tomarse con mayor o menor grado de «reflexividad». Dar a la

imposibilidad de Arrow y otros desarrollos demuestran que la noción de *preferencias sociales* no suele estar bien definida. Otro argumento, formulado por Hayek, es que la información difundida y desperdigada por la sociedad no se puede recoger en el centro para formar *creencias sociales*. Otro argumento, especialmente relacionado con los teóricos de la elección pública, es que resulta probable que la acción social esté distorsionada y desviada por los intereses privados de los agentes y las agencias que lo llevan a cabo”. Véase: ELSTER, Jon, *Juicios salomónicos*, cit., pp. 148-149; pueden verse también: BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos”, cit., pp. 115-116, nota al pie n° 130; LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la Constitución”, cit., pág. 464; DE LORA, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, pp. 43 y ss.; RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Constitucionalismo y democracia”, cit., pp. 63 y ss.

¹¹⁹⁸ ELSTER, Jon, “Don’t Burn Your Bridge Before You Come To It”, cit., aquí pág. 1758.

¹¹⁹⁹ Véase: ELSTER, Jon, *Juicios salomónicos*, cit., aquí pág. 165.

¹²⁰⁰ “El oportunismo –escribe– brinda una buena razón general para la diferencia entre entidades individuales y políticas. Es mucho más fácil para un individuo engañar a otros que engañarse a sí mismo”. Esto tiene repercusiones en tres planos: en el de las preferencias, en el de la información y en el de la acción. Véase: ELSTER, Jon, *Juicios salomónicos*, cit., aquí pp. 150-151. Es importante destacar que este autor busca distanciarse del peligro de exagerar el oportunismo: “aunque siempre existe el riesgo de la conducta egoísta, la medida de su presencia es muy variable”. A renglón seguido, hace una crítica frontal a la *social* y a la *public choice*, quienes, con su supuesto de una conducta universalmente oportunista, “parecen fuera de contacto con el mundo real, donde hay gran margen de honestidad y sentido del deber. Si las personas siempre adoptaran una conducta oportunista cuando pudieran salir bien libradas, la civilización tal y como la conocemos no existiría” (p. 151).

¹²⁰¹ Cf. ELSTER, Jon, “Don’t Burn Your Bridge Before You Come To It”, cit., aquí pág. 1758-9.

convivencia social una base de derechos indisponibles a las mayorías, o lejos del alcance de su toma de decisiones menos reflexivas, se considera una de esas decisiones cualificadas. Suele utilizarse otro ejemplo no menos famoso de «Pedro sobrio» y «Pedro borracho»¹²⁰². Cuando Pedro sale de farra y, estando aún sobrio, decide dar las llaves de su auto a un amigo –se dice– pidiéndole expresamente que, sin importar cuánto le insista, no se las entregue por la noche después de haber bebido más de la cuenta. De tal forma que Pedro está utilizando de métodos indirectos (dejando las llaves a su compañero) para obtener los resultados que él desea (sobrio) y que considera más provechosos (para sí mismo). Otra imagen puede resultar muy ilustrativa: «Las Constituciones son *cadena*s con las que los hombres se atan en sus momentos de cordura para evitar suicidarse en sus días de frenesí»¹²⁰³. Sea como fuere, aquí también resulta aplicable la objeción anterior, es decir, que no es dado trasladar la analogía del plano individual al plano colectivo¹²⁰⁴.

Por otra parte, los derechos se han visto como un pre-requisito para que la propia democracia sea operativa. La democracia, que no es sino una forma de

¹²⁰² A menudo se hace referencia a que el ejemplo proviene de Hayek, pero, en realidad, en su *The Constitution of Liberty*, no encontramos *éste* ejemplo sino su mención. Según Hayek el problema no es cómo se tomen las decisiones, en momentos de sobriedad o lucidez o de modo irreflexivo, (borracho). No. La apelación a la sobriedad o embriaguez se refieren a una cuestión más profunda que no tiene que ver con el simple hecho de dejar pasar el tiempo para recobrar la capacidad de tomar ciertas decisiones sino que hay tal tipo de decisiones que es imposible calibrar o prever sus resultados. Cf. HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago University Press, 1978, reimp., aquí pág. 180.

¹²⁰³ La expresiva frase se atribuye al Senador por el Estado de New Jersey John P. Stockton, durante un debate sobre la Ley del Ku Klux Klan en 1871 (tomo la referencia de: ELSTER, Jon, “Don’t Burn Your Bridge Before You Come To It”, cit., aquí pág. 1765)

¹²⁰⁴ Conviene tener presente, como Elster anotó, que la analogía entre la elección individual y la colectiva también puede sostenerse desde la perspectiva inversa; es decir, que “en vez de argumentar que la sociedad se debe entender según el modelo de actor unitario, se podría argumentar que debemos entender al individuo según el modelo de la entidad política fragmentada” (véase: ELSTER, Jon, *Juicios salomónicos*, cit., aquí pág. 152). La referencia habitual aquí es a T. SHELLING (*Choice and consequence*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1984, aquí pp. 57 y ss.), quien sostiene que la idea de “*Self-Command*” en el plano individual es un ‘concepto esencialmente controvertido’. Hablando, entre otras cosas, de la dificultad de que la junta de dirección de empresa decida como ‘unidad’, sostiene que de igual forma, las personas difícilmente son ‘un centro de decisión’. En sus palabras: “quizás la mujer y el hombre ordinario tampoco se comportan como un individuo único porque ella o él no son ‘uno’”. Me parece que aquí vendría bien analizar los casos de algunos ius-filósofos. Es curioso, en efecto, que en nuestra disciplina a menudo se haga referencia a algún autor como “autor-X en t_1 ” y “autor-X en t_2 ”, precisamente por mantener opiniones diametralmente opuestas. En la literatura española se han pronunciado en el mismo sentido, J. J. Moreso (“Sobre el alcance del precompromiso, cit., aquí pág. 138), cuando dice que “es paradójico que los autores que se han ocupado del problema de la identidad individual pongan en duda precisamente este presupuesto y sostengan que el concepto de identidad individual ha de construirse mediante una analogía con el concepto de identidad de una sociedad”; o I. SANCHEZ-CUENCA (*Mas democracia, menos liberalismo*, cit., aquí pág. 38) han destacado este punto de Shelling.

gobierno basada en el procedimiento de decisión por mayoría, precisa de determinadas condiciones. El constitucionalismo, en este sentido, no sería otra cosa sino la toma de un «precompromiso» sobre esas condiciones; condiciones que, se entiende, tienen que ver con los derechos necesarios para que aquella funcione. Ahora bien, tal y como ha observado C. Nino entre otros, con ello surge la «paradoja de las precondiciones de la democracia»: entre más sean los requisitos que le asignemos como precondición para su adecuado funcionamiento, mas serán los temas que estaremos apartando de la agenda democrática y por tanto, menos los temas sustantivos que una sociedad pueda discutir¹²⁰⁵. El abanico de posibilidades de nuevo es amplio: habrá quienes consideren necesario un mayor número de derechos como precondición y, en este sentido, tendrán una visión *sustancial* de la democracia. Por el contrario habrá quienes consideren necesarios un menor número de derechos, lo que podría situarles más próximos una visión *procedimental* de la democracia¹²⁰⁶.

Otro argumento que se ha dado para fundamentar el constitucionalismo hace una analogía con el consentimiento informado. En efecto, se sugiere que en un momento dado las mayorías pudieran expresar sus deseos contraviniendo lo que sería mejor para ellos; esto es, contraviniendo “sus mejores intereses”. Este ejemplo vendría a decir que en ocasiones las expresiones de los deseos pueden no ser auténticas por lo que, bajo las condiciones correctas, no resulta inconcebible que dichas expresiones puedan ser ignoradas o descartadas. Cuando una determinada comunidad movida por el miedo, por la ignorancia o por simples reacciones viscerales, exija cursos de acción tan impropios –como por ejemplo el internamiento de ciudadanos de ascendencia japonesa que se dio durante la Segunda Guerra Mundial o bien la toma de medidas discriminatorias por el hondo repudio que a algunas personas les genera las prácticas sexuales de gays y lesbianas– nos llama la atención de que, en tales situaciones, bien cabe preguntarnos se deben eliminar deseos expresos de la comunidad sobre la base de sus mejores intereses. Se trata de la

¹²⁰⁵ En este sentido: NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 275-276.

¹²⁰⁶ La discusión sostenida por L. Ferrajoli y M. Bovero, podría ayudar a ejemplificar una forma de articular, respectivamente, las visiones sustancial y procedimental de la democracia. Véanse: FERRAJOLI, Luigi, “Positivismo crítico, derechos y democracia”, *Isonomía*, núm. 16, 2002, pp. 7-20; BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía*, núm. 16, 2002, pp. 21-38.

analogía del defensor del paciente, que tiene como base la doctrina del consentimiento informado¹²⁰⁷.

Fenómenos como éstos aportan el fundamento para uno de los argumentos más poderosos a favor del control judicial de la constitucionalidad. En esta línea argumental W. Waluchow ha señalado que: «se puede argumentar a favor de las Declaraciones de derechos y del control judicial de la constitucionalidad sobre la base del más pacífico fundamento de que representan un medio vital mediante el cual la sociedad pugna por honrar sus propias creencias básicas, valores, compromisos y preferencias firmes –esto es, sus deseos auténticos–»¹²⁰⁸. El autor tiene presente que al utilizar este tipo de argumentación, corre el riesgo de ser calificado como paternalista y elitista. Pues bien, Waluchow no se esconde y más adelante señala expresamente: «si esto es promover el paternalismo, entonces es una forma de esta práctica que es perfectamente aceptable en el marco de una comunidad democrática»¹²⁰⁹.

El establecimiento de una Constitución con un catálogo de derechos, por último, se ha dicho, sirve para tratar de evitar que las decisiones de la mayoría violen derechos individuales o de las minorías. Si bien esta última es una noción que debe revisarse, en términos generales el razonamiento es relativamente sencillo. Necesitamos una declaración de derechos inviolables que no son otra cosa sino trozos de soberanía, «cartas de triunfo»¹²¹⁰, en manos de los individuos que deben y precisan sustraerse de la decisión de las mayorías debido a que éstas son potencialmente

¹²⁰⁷ Se trata de la analogía del defensor del paciente, que tiene como base la doctrina del consentimiento informado. Según Waluchow, para que la expresión de un deseo pueda ser auténtica deben satisfacerse al menos tres condiciones: a) que los medios escogidos para expresar mi deseo deben emplearse con la intención de que sea entendido, o que impliquen, lo que normalmente se considera que significa o implica en ese contexto particular; b) que el deseo esté basado en el conocimiento y comprensión adecuado (aquí se habla del deseo mismo y su nivel de conocimiento y comprensión varía presumiblemente en función del contexto; y c) que el deseo expreso sea consistente con las creencias básicas, valores y compromisos y preferencias establecidos por el agente, también denominado por el autor requisito de “la condición de la disonancia evaluativa”. (WALUCHOW, W., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad*, op. cit., pág. 144 y ss., aquí pp. 153-4).

¹²⁰⁸ WALUCHOW, W., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad*, op. cit., pág. 163.

¹²⁰⁹ *Ídem*. Una propuesta de en qué casos sería justificable el paternalismo jurídico véase: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 155-173.

¹²¹⁰ La consolidada expresión es de R. Dworkin.

agresoras de los derechos de aquéllos. Los derechos formarían «un coto vedado»¹²¹¹, indisponible al legislador. Aquí suele alegarse que quien entiende la objeción democrática como la limitación indebida del principio de la mayoría o del legislador – que es el órgano político que en una democracia (representativa) lo encarna–, está equiparando la toma de decisiones por principio de la mayoría con un poder absoluto, está confundiendo democracia con *mayoritarismo*; o para decirlo con otra expresión, confunde democracia con «tiranía de la mayoría».

El argumento apela a que una declaración de derechos es necesaria, precisamente, porque el poder de las mayorías no puede ni debe ser ilimitado. Así planteado, podría pensarse que, en realidad, esto dice muy poco. Pero no es así. Cuando I. Berlín contrapone de forma tan marcada las ideas de libertad positiva y negativa en el fondo lo que quizá pretendía era advertirnos de eso: que la idea de libertad como no-interferencia se pone en peligro haya donde exista la posibilidad de que el poder –inclusive el democrático– adopte formas ilimitadas¹²¹². Me parece que, en línea de principio, algo similar ocurre en el trabajo de L. Ferrajoli en el que expresamente, y simplificando su argumento, no hay lugar para poderes soberanos (o «salvajes») en su concepción del Estado constitucional. ¿Pero por qué no hay lugar? Pues básicamente porque aquellos serían poderes que, de entrada, no están sujetos a límites o a vínculo alguno¹²¹³. En esta lógica, la Constitución con su catálogo de derechos viene a representar ese ámbito de inmunidad a las decisiones de la mayoría, intentando neutralizar aquellas que son violatorias de derechos. En definitiva, con ello lo que se pretende es inhibir, de entrada, la toma de cualquier decisión contraria a los derechos.

Lo anterior puede apreciarse en un ejemplo propuesto por W. Waluchou que nos puede servir para condensar la idea. Piénsese en una mayoría que pretende imponer una norma lingüística introduzca una lengua oficial y que restrinja (o prohíba) el uso de otra u otras minoritarias en una sociedad dada. Entre las razones

¹²¹¹ La consolidada expresión es de E. Garzón Valdés: “Representación y democracia”, Íd., *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 644-645. Para una detallada crítica del idel del coto vedado, véase: BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” cit.

¹²¹² Cf. BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, cit., aquí pág. 270.

¹²¹³ Véase: FERRAJOLI, Luigi, “Beyond sovereignty and citizenship: a global constitutionalism”, R. Bellamy (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty. American and European Perspectives*, Avebury Series in Philosophy, Hampshire-UK, 1996, pp. 151-160, esp. pág. 162.

que la mayoría encontraría se encuentran aquellas que apelan al mayor bien para la mayoría: los beneficios de tener una lengua común contra el malestar de aquellos que utilizan la lengua minoritaria. Sin embargo, como resalta el propio autor, quizá no sólo este argumento esté detrás del apoyo de dicha norma. No puede descartarse que lo que le da sentido no sería sino el simple prejuicio, «una falta de consideración sobre los intereses y deseos del grupo minoritario [...], de conocimiento –apreciación y comprensión plena– de lo que significa no ser capaz de comunicarse con un lenguaje propio y cuán difícil e inconveniente es superar dicha carga», o, peor aún, lo único que estaría detrás sería cruda indiferencia¹²¹⁴. La cuestión se agravaría si, además, el prejuicio se combina con el miedo: «el miedo a lo desconocido y a lo diferente son fuerzas poderosas que conducen a una sospecha profunda y a las medidas opresivas. En tiempos de crisis este miedo puede llevar a medidas que no serían toleradas en circunstancias ordinarias»¹²¹⁵.

Para criticar esta posibilidad, Waluchow toma prestada la concepción de R. Dworkin sobre la democracia. Aquél escenario no puede ser posible en una comunidad que valora la igualdad moral de sus miembros; que tiene entre sus compromisos básicos la creencia de que todas las personas tienen derecho, como miembros plenos de una comunidad moral, lo que Dworkin llama derecho a la igual consideración y respeto¹²¹⁶. Bajo la misma, los procedimientos democráticos de decisión y los resultados de su empleo se justifican sólo en la medida en que contribuyen a aquel estado de cosas en que todos los miembros de la comunidad se les trata con igual consideración y respeto. Como explica el canadiense, la concepción constitucional exige que los procedimientos mayoritarios sean el precipitado de una búsqueda en pos del igual estatus de ciudadanía, y no de resultados de cualquier compromiso con los objetivos de la regla mayoritaria. Así, la implicación importante en esta concepción constitucional es que no hay razón por la que un procedimiento no mayoritario no deba emplearse en ocasiones especiales si con ellos se protegería

¹²¹⁴ WALUCHOW, Wilfrid J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, CUP, 2007, [trad. al cast. y estudio preliminar de P. de Lora, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law. Un árbol vivo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, por donde se cita, aquí pp. 165-6.]

¹²¹⁵ WALUCHOW, Wilfrid J., *Una teoría del control judicial*, cit., aquí pp. 171-2.

¹²¹⁶ Véase: DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., Waluchow advierte que si bien “recala” en este autor, no es su intención adherirse a la concepción particular de la igualdad, sino que la utiliza sólo con propósitos ilustrativos. (*Una teoría del control judicial*, cit., nota al pie núm. 17)

mejor o se mejoraría el igual estatus que se declara como esencia de la democracia, y no se acepta que estas condiciones sean motivo de lamento en términos morales¹²¹⁷.

Es muy citada y famosa, en este sentido, una declaración del juez de la Corte Suprema estadounidense R. Jackson:

«el propósito de una Declaración de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de las mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones»¹²¹⁸.

De ahí que se estime conveniente asegurar mediante una declaración de derechos y, en algunos casos, a través de algún mecanismo de tutela determinado que le asegure frente a todos los miembros del cuerpo político su consideración como miembro de igual dignidad, merecedor de la misma consideración y respeto. Si se observa con atención, además de hacer una defensa de la Constitución a la vez estima al control judicial de la Constitución de aquí suele extraerse un argumento: la conveniencia de que tal mecanismo de tutela esté encomendado a un órgano que esté *alejado* de la propia lógica de la regla de las mayorías.

Pues bien, hasta aquí he tratado de resumir de forma muy breve los distintos argumentos que se han propuesto para tratar de superar la objeción democrática del constitucionalismo. Aunque estos argumentos están bastante extendidos, debe plantearse que con ello no se logra disipar la sombra de la crítica. Al menos de aquella que viene a cuestionar lo que suele darse por hecho, es decir, a discutir la compatibilidad de esas afirmaciones con el de ideal del autogobierno, con el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas. En efecto, para esta postura, el constitucionalismo tiene déficit democrático: en una sociedad pluralista, donde se reconozca la autonomía moral de los individuos y su igual derecho de participación, en donde además no hay acuerdos

¹²¹⁷ WALUCHOW, Wilfrid J., *Una teoría del control judicial...*, cit., pág. 176-7

¹²¹⁸ Citado por HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” pág. 264.

genuinos sobre cuáles derechos tenemos o deberíamos tener, ¿cómo puede justificarse la separación de determinadas decisiones del proceso democrático? y más aún, ¿cómo se puede dejar la última palabra de lo que los derechos significan a un órgano no representativo?

1.4 LA CRÍTICA DE J. WALDRON

Como se sabe, las anteriores son las tesis básicas que están detrás de la crítica más poderosa formulada en los últimos tiempos al constitucionalismo y que fue replanteada con éxito de forma relativamente reciente por J. Waldron¹²¹⁹. En su polémica sobre la *Charter 88* por la que se pretendía establecer una Constitución para Gran Bretaña, y en otros trabajos, llamó la atención sobre algunas actitudes que están detrás del entusiasmo por imponer ‘incapacitaciones’ a través del «atrincheramiento constitucional». Según él, un derecho se *atrinchera*, cuando es recogido mediante una forma canónica en el texto constitucional y «dicho derecho-pretensión (a la libertad o a lo que especifica la disposición) se combina con una inmunidad frente al cambio legislativo» de tal forma que «los que poseen el derecho tienen ahora la ventaja adicional de que se hace difícil o imposible alterar su situación jurídica»¹²²⁰. Pues bien, es precisamente sobre este hecho que Waldron nos invita a reflexionar con mayor detenimiento: ¿debe abrazarse con tanto entusiasmo la imposición de incompetencias al poder legislativo? Visto con atención, nos dice, lo que con ello se hace, se esté consciente o no, es privarle de sus funciones normales de revisión, reforma e innovación del Derecho¹²²¹.

En cualquier caso, debe tenerse presente que una de las diferencias que media entre legislación y Constitución es la mayor o menor dificultad de su reforma: mientras la primera «puede fácilmente adaptarse a nuestra idea cambiante de cómo

¹²¹⁹ WALDRON, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, pp. 18-51. Posteriormente, con modificaciones, en: *Id.*, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, cap. X [trad. cast. de J. L. Martí y A. Quiroga, “Entre los derechos y las cartas de derechos” *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp.252-275, por donde, salvo señalamiento en contrario, se citará en lo sucesivo].

¹²²⁰ Cf. WALDRON, Jeremy, “Entre los derechos y las cartas de derechos”, cit. aquí pág. 263.

¹²²¹ *Ibidem*

dar mejor cuenta de las cuestiones importantes en juego»¹²²², la segunda no. ¿Qué implicaciones tiene esto? Para Waldron, incorporar un derecho a un documento constitucional atrincherado supone adoptar una actitud hacia nuestros conciudadanos. La misma puede resumirse en una combinación entre seguridad hacia sí mismo y desconfianza hacia los demás: «seguridad en la convicción propia de que lo que se está proponiendo es realmente una cuestión de derechos fundamentales; y desconfianza implícita en su idea de que otra concepción alternativa que pudiera ser elaborada por los legisladores futuros será probablemente tan errónea y estará tan mal motivada, que más vale que sitúe inmediatamente su propia formulación más allá del alcance de la revisión legislativa ordinaria»¹²²³. A primera vista, podría decirse que ello se justifica, por lo que aquí ya se ha señalado –es decir, con la finalidad de garantizar el respeto de los individuos y de las minorías–.

Sin embargo, y este es el punto fundamental, para Waldron el problema es que esta actitud de desconfianza hacia los propios ciudadanos no concuerda con tenerles como seres libres, autónomos y responsables. En sus palabras, no se condice bien:

«con el aura de respeto por la autonomía y responsabilidad que transmite el contenido sustantivo de los propios derechos atrincherados de aquel modo [...] La relevancia sustantiva de un derecho determinado puede estar basada en una concepción de la persona individual como un agente pensante, capacitados para deliberar moralmente y trascender la preocupación sobre sus propios intereses particulares o segmentarios. Si por otra parte, el deseo de atrincherar derechos está motivado por una concepción predatoria de la naturaleza humana y de lo que las personas harían entre sí al abandonarlas en la arena política democrática a su suerte, será difícil explicar cómo o por qué debemos ver a esas mismas personas esencialmente como portadoras de derechos»¹²²⁴

Este es, estimo, el punto medular de la crítica waldroniana. Y es que lo que nos hace pensar a las personas precisamente como dignas de tener derechos son el mismo tipo

¹²²² WALDRON, Jeremy, “Entre los derechos y las cartas de derechos”, cit, aquí pág. 262.

¹²²³ WALDRON, Jeremy, “Entre los derechos y las cartas de derechos” cit., aquí pág. 264.

¹²²⁴ *Ibidem*.

de razones por las que debemos tenerle como ser responsable en la arena política y por tanto, digno del auto-gobierno. En sus palabras:

«las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las mismas razones que me permiten confiar en él como portador de responsabilidades políticas. Precisamente porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno»¹²²⁵.

Para Waldron creer en los derechos es creer que ciertos intereses centrales de los individuos sobre la libertad y el bienestar merecen una protección especial, y que no deben ser sacrificados por la obtención de una mayor eficiencia o prosperidad o por cualquier agregación de intereses menos importantes bajo la etiqueta del bien común. Algunos piensan que esta misma idea es errónea, pero incluso aquellos que la proponen en filosofía política reconocen sus dificultades. Cualquier teoría de los derechos debe enfrentarse a los desacuerdos acerca de qué intereses deben ser protegidos como derechos y en qué términos podemos identificarlos. Dichos desacuerdos serán entonces el vehículo para la controversia sobre el equilibrio adecuado que debe alcanzarse entre los intereses individuales y otras consideraciones sociales, bajo la perspectiva de un «peligro claro y presente». El «horror catastrófico moral» y una acumulación de valores y principios que pueden llevarnos a la inacción allí donde es necesaria¹²²⁶.

En la parte más importante de su argumentación, Waldron nos dice que, al contrario de lo que suele pensarse, no existe una relación necesaria entre la creencia en los derechos básicos y el compromiso con el constitucionalismo (fuerte¹²²⁷). Más

¹²²⁵ WALDRON, Jeremy, “Entre los derechos y las cartas de derechos” cit., aquí pág. 266.

¹²²⁶ Cf. WALDRON, Jeremy, “Entre los derechos y las cartas de derechos” cit., aquí pág. 268.

¹²²⁷ Me parece que es importante recalcar esto: que la crítica de Waldron se dirige contra el constitucionalismo cuando éste se presenta fundamentalmente en su versión fuerte. Es decir cuando se supone, como se supone en muchas ocasiones por la dogmática constitucional, que “la protección de los derechos individuales habría de consistir, necesariamente, en el establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales como parte de un texto rígido (de difícil o prácticamente imposible de reforma) y de una jurisdicción que de manera concentrada (o difusa) tuviera la potestad de decidir sobre el alcance y contenido de los derechos. Es decir, como resalta P. De Lora, cuando la conexión entre los derechos fundamentales y el diseño institucional descrito se describa como conceptual o necesaria. Cf. DE LORA, Pablo, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa*, núm. 23, pp. 49-75, aquí pág. 51.

bien, va a fijar su mirada en uno de ellos: entre estos derechos básicos, sostiene, se encuentra el derecho democrático a participar en condiciones de igualdad en todas las decisiones colectivas que es un derecho profundamente conectado con los valores de autonomía y responsabilidad que celebramos con otras libertades básicas. ¿Cuál es el motivo que le hace mirar particularmente hacia al derecho de participación? La respuesta es la siguiente: como los derechos básicos son complejos controvertidos en sus fundamentos morales y difíciles de delimitar y coordinar entre sí, no es suficiente con tener una teoría de tales derechos, según habría dado a entender la filosofía política más influyente en los últimos años, sino que es necesaria también, y sobre todo, una teoría de la autoridad que indique quién y cómo debe decidir sobre las cuestiones socialmente disputadas. Para Waldron resulta claro que si creemos en el igual derecho a la participación de los ciudadanos en las decisiones colectivas, la teoría de la autoridad que debemos defender es la democrática, que da la última palabra sobre el alcance de los derechos a los ciudadanos, o a sus representantes, y no a un tribunal¹²²⁸.

Debe tenerse presente que aun trasladando la competencia de la legislatura hacia un tribunal o del referéndum hacia un tribunal, se sigue manteniendo el mismo método de decisión. Es decir los tribunales siguen decidiendo a través de la regla de la mayoría. Según Waldron: «mantenemos el principio de la regla de la mayoría sólo que ahora se aplica a un cuerpo decisorio de *N* individuos, en lugar de un órgano con cientos (en el caso de la legislatura) o millones de votantes (en el caso de la iniciativa popular)»¹²²⁹. Se aprecia nuevamente aquí la actitud de desconfianza hacia los demás conciudadanos señalada anteriormente. Que sigamos decidiendo sobre la base de la regla de la mayoría, según Waldron, pone de manifiesto precisamente que «es una desconfianza hacia las personas: no confiamos en los votantes comunes o sus representantes para estas cuestiones; preferimos a los jueces. No es una desconfianza en el principio de la mayoría, ya que seguimos aplicando este principio»¹²³⁰. La diferencia entonces no radica en el método sino en la base electoral de la decisión:

¹²²⁸ Véase: WALDRON, Jeremy, “La participación: el derecho de los derechos” en: *Íd. Derecho y Desacuerdos*, cit., 251-275. Una síntesis de los argumentos de Waldron, pueden verse en:

¹²²⁹ Véase: WALDRON, Jeremy, “Deliberation, Disagreement and Voting” (1999), [trad. cast. de P. Bergallo y M. Alegre, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en: H. Hongju Koh y R. C. Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, cit., pp. 249-267, por donde se cita, pág. 255.

¹²³⁰ *Ibidem*.

mientras las decisiones por mayoría de los jueces se toma sobre una base de pocas personas, las decisiones de los órganos legislativos, en cambio, sobre la base de cientos o millones de personas.

En *Law and Disagreement* J. Waldron hizo una de las defensas más vigorosas del derecho de participación que se conozcan (“el derecho de los derechos”, según sostuvo)¹²³¹. Y lo hizo a tal grado que el diseño institucional por él planteado termina desatendiendo otros derechos o principios por tomarse tan en serio aquél. Según Waldron un “instrumentalismo de los derechos” no se justifica en ningún caso: porque si lo que pretendemos no es sólo atender al valor intrínseco del procedimiento de toma de decisiones sino también a su valor instrumental –esto es, si nos preguntamos sobre qué procedimiento tiene mayores probabilidad de responder correctamente a la pregunta ¿qué derechos tenemos?– entonces cabe pensar en limitaciones al “derecho de los derechos” y no dejar a merced de él la respuesta a nuestra pregunta¹²³². Pero en una sociedad donde existen profundos desacuerdos sobre el alcance y contenido de nuestros derechos, utilizar el instrumentalismo de los derechos no es sino una petición de principio¹²³³. De tal forma que al no haber “ninguna senda que conduzca a la verdad moral”, nuestro diseño institucional, “como respuesta natural”, debe confiar la soluciones a nuestros desacuerdos respetando el derecho de participación de los individuos¹²³⁴.

Ahora bien, podríamos preguntarnos ¿cuál es el punto débil de este tipo de argumentación? Lo que sucede con esta forma de plantear las cosas, es decir, con un punto de vista que rechaza que el valor de un diseño institucional debe guiarse sólo por el respeto al derecho de participación deba ser integrado en un balance con su valor instrumental, tendría como resultado, nos dice J. C. Bayón, a quien sigo de cerca aquí, que los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo no puedan

¹²³¹ Enfatizo que fue en este libro, porque J. Waldron parece haber matizado su posición en algún escrito posterior, tal y como veremos más adelante.

¹²³² WALDRON, Jeremy, “La participación: el derecho de los derechos”, cit., aquí pág. 300. Como ha destacado J. C. Bayón, en el trabajo original publicado en los *Proceedings of the Aristotelean Society* (núm. 28 de 1998) que da origen a este capítulo esta idea de que la restricción de uno de nuestros derechos –el participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas– en aras de que quede compensada tal restricción con una mejor protección de los demás derechos –como por ejemplo de aquellos que aseguran la autonomía individual– fue llamada por Waldron como un auténtico “error categorial”.

¹²³³ WALDRON, Jeremy, “La participación: el derecho de los derechos”, cit., aquí pág. 301

¹²³⁴ WALDRON, Jeremy, “La participación: el derecho de los derechos”, cit., aquí pág. 303.

considerarse justificados en circunstancia alguna. Pero, tal y como ha sido puesto de relieve, así formulado el argumento queda atrapado en un dilema; o nos lleva a un regreso al infinito, o se nos vuelve contra sí mismo. En palabras Bayón:

«Sucedería lo primero si decimos que, por las mismas razones por las que moralmente es deseable tomar las decisiones acerca de cuestiones sustantivas mediante procedimientos que reconozcan a cada uno la participación en pie de igualdad en su adopción, también lo será tomar la decisión acerca de qué procedimiento elegir mediante un procedimiento de orden superior basado a su vez en el derecho de tomar parte en pie de igualdad en su adopción. Y si se quiere cortar el regreso al infinito, el argumento socava la propia posición de Waldron: porque no se acierta a ver por qué sería ofensivo –o expresaría falta de respeto hacia la capacidad de las personas de desarrollar una concepción de lo justo- promover sin más la adopción de un diseño institucional por su valor instrumental para proteger los principios sustantivos de justicia que uno considera correctos, a pesar de que reine desacuerdo sobre ellos, y no habría de serlo igualmente promover sin más la adopción del procedimiento de decisión basado en la preeminencia exclusiva del derecho de participación, a pesar de la existencia de un desacuerdo no menos profundo acerca del modo en que deberías adoptar nuestras decisiones colectivas»¹²³⁵.

Bayón insiste en que Waldron no aporta ninguna razón convincente para abandonar las ideas esenciales de un planteamiento rawlsiano: que en la justificación de un diseño institucional el valor intrínseco del derecho de participación debe ser integrado en un balance que tome en cuenta también su valor instrumental para proteger el resto de nuestros derechos; y que, por consiguiente, puede haber circunstancias en las que el mayor valor instrumental de un procedimiento se sobreponga a su menor valor intrínseco¹²³⁶. Este es el núcleo de la llamada «tesis contextual» defendida por J. C. Bayón y que viene a sostener que la adopción de un determinado diseño institucional en el que se privilegie una regla de decisión entre

¹²³⁵ BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., aquí pág. 120.

¹²³⁶ *Ibidem.* pág. 121.

otras dependerá de factores tales como la cultura política, jurídica, etc¹²³⁷. Si entiendo bien, lo anterior significa que la cuestión no puede solventarse en una sede teórica sino que precisa y contiene, necesariamente, un componente político, o incluso de racionalidad práctica. Esto no es otra cosa, a mi juicio, sino mantener la que podría denominarse «tesis de Solón», y que puede ejemplificarse con en un discurso pronunciado por Charles De Gaulle: «*Des Grecs, jadis, demandaient au sage Solon: 'Quelle est la meilleure Constitution ?' Il répondait: 'Dites-moi, d'abord, pour quel peuple et à quelle époque'*»¹²³⁸.

1.5 LEGALISMO: UNA CONSTITUCIÓN «EN LA SOMBRA» Y GARANTIZADA

Este es uno de los puntos críticos de mi trabajo. Por ello intentaré proceder con la mayor cautela y claridad posible. Al principio de este apartado señalé la que suele denominarse «objeción democrática al constitucionalismo» suele involucrar dos cuestiones relevantes. La primera tiene que ver con la objeción referida a cómo podría justificarse que se aparten cuestiones a las decisiones democráticas ordinarias, generalmente, se entiende, a través de su atrincheramiento en una Constitución rígida. La segunda cuestión, que no se sigue, en estricto sentido de esta última, tiene que ver con el establecimiento de una garantía de orden jurisdiccional –un Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional con competencia para decidir con carácter autoritativo final sobre su interpretación última–. Como he venido señalando, ambas cuestiones son perfectamente distinguibles. Ahora bien, ¿qué tipo de diseño institucional propongo sería más acorde con la que he venido denominando como ideología legalista? A mi juicio no es otro sino aquél que por un lado; entre el balance entre el carácter instrumental e intrínseco del procedimiento de decisión sobre la Constitución hace prevalecer el carácter instrumental de dicho procedimiento. Por otra parte, respecto a

¹²³⁷ Esta es la tesis que esbozada en su trabajo “Derechos, democracia, constitución”, cit., aquí pág. 88 y que desarrolló con más detalle posteriormente. Ahora bien, en el primero, tal y como el autor reconoce posteriormente, Bayón da a entender que el único diseño institucional justificado *siempre* sería el de constitucionalismo débil y que, en cambio, un constitucionalismo fuerte, nunca lo estaría. Pero ello, como no podría ser de otra manera al tenor de la propia tesis contextual, no puede ser así. Véase: BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., aquí pág. 128 y ss.

¹²³⁸ De Gaulle, Ch., “Discours prononcé à Bayeux, le 16 juin 1946”, en: *Discours et messages - Dans l'attente 1946-1958*, éd. Plon, 1974. Una traducción: “los griegos solían preguntar al sabio Solón ¿Cuál es la mejor Constitución? Él solía contestar “Decidme primero para qué pueblo y para qué época”.

la concepción de Constitución que se manejaría, la misma sería un tipo de Constitución que podría llamarse “Constitución en la sombra”. Intentaré desarrollar este punto en lo que sigue.

La primera baza, que tiene que jugar la ideología legalista es con la idea de que la Constitución debe ser vista como la traslación del ideal del imperio de la ley hasta sus últimas consecuencias, hasta «el más alto nivel»¹²³⁹. Y aquí es donde la cuestión terminológica se me complica. Hasta aquí he venido llamando legalismo a lo que en este punto en específico se denomina “constitucionalismo” en el lenguaje político y que, dicho de forma simplificada, tiene que ver con la venerable cultura política de la limitación del poder magníficamente sintetizada en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*». Sin embargo, es claro que la misma noción de “constitucionalismo” no es unívoca, ni mucho menos: son varios los sentidos en los que legítimamente, y de hecho, se habla de «constitucionalismo», «Estado Constitucional», «Constitución», etc.¹²⁴⁰. Por ello, he dicho ya que aquí dejo de lado la «Constitución consuetudinaria» dado que sus peculiaridades no son trasladables; o mejor se trata de una manifestación de esta cultura de limitación del poder político y garantía de los derechos única, que prescinde del “objeto mismo”. La cultura política, la ideología del *Rule of Law* ahí sirve para dar estabilidad, para orientarla. La polémica de sí la misma precisa, en la “cuna del constitucionalismo”, su traslación a un documento escrito es ejemplo claro, pienso, de su peculiaridad y carácter único¹²⁴¹.

¹²³⁹ Es en este sentido que el sistema constitucional americano que limita el poder legislativo a través de una *Bill of Rights* ha sido denominado como la elevación del concepto del Imperio de la Ley hasta en su más alto nivel”. Cf. KAUPER, Paul G., “The Supreme Court and the Rule of Law”, *Michigan Law Review*, 59, 1961, p. 531-532.

¹²⁴⁰ Sobre los distintos sentidos de “constitucionalismo”, “constitución”, etc., Véanse: NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 16-17; POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, cit., pág. 36 y ss.

¹²⁴¹ A estos efectos, puede resultar sumamente ilustrativa la polémica sostenida entre Trevor A. Allan y Jeffrey Goldsworthy. El primero defiende una teoría liberal del *Rule of Law* para el Reino Unido, donde los jueces juegan un papel fundamental. Lo interesante es que para él, incluso, la soberanía parlamentaria es conceptualmente contraria a dicho ideal. El segundo, en cambio, defiende el carácter eminentemente cultural-político (no jurídico) del principio del Imperio de la Ley. Porque, a su juicio, no hay ninguna incompatibilidad en que el legislativo mantenga soberanía parlamentaria y esté sujeto a limitaciones de dicho orden; o, incluso, limitado por convenciones profundamente enraizadas en la tradición británica. Nadie diría que el Parlamento británico no está sujeto a límite alguno por no contar con Constitución, con su declaración de derechos y garantía jurisdiccional. Él reconoce que no

De hecho, podría pensarse que si tenemos presente lo que se ha dicho a lo largo de este trabajo, es decir, si tenemos en cuenta el «hecho del desacuerdo» moral, la inexistencia –ontológica– de «respuestas correctas» y la fuerte defensa de la autonomía individual, podría pensarse que el diseño institucional más acorde sería una suerte de supremacía parlamentaria; en el que las decisiones de convivencia más relevantes en la medida en que son controvertidas –y precisamente por ello– no se sustraigan de la decisión de las mayorías o mejor del órgano que tiende a aunar con mayor fidelidad la voluntad general. El ideal del imperio de la ley, proseguiría la argumentación, por tanto, no precisaría de una Constitución escrita mucho menos que la misma tenga un grado de rigidez sumo y, mucho menos, que esté garantizada judicialmente. Todo ello, precisamente a favor de la autonomía individual misma.

Yo estoy de acuerdo con la anterior argumentación pero sólo en parte. Aquí es donde entra en juego la tesis contextual: un diseño institucional de aquél tipo sólo estaría al alcance o se justificaría en aquellas comunidades políticas que han tenido una cultura continuada y contrastada en materia de derechos individuales y de las minorías. No diré aquí que la mayoría tiende a oprimir sistemáticamente a las minorías ni nada por el estilo; o que haya donde ha florecido una cultura democrática y respetuosa de los derechos sea *porque*, a causa de que, posee una Constitución escrita, rígida y garantizada jurisdiccionalmente. No. Pero lo que me temo, no obstante, es que prescindir de este modelo (con sus variantes y matices) sólo ha estado y parece estar al alcance de aquellas comunidades políticas relativamente cercanas a la historia constitucional británica *lato sensu*.

En cualquier caso, y esta es una de mis tesis fuertes, estimo que la traslación de ese ideal al Imperio de la Ley –fuera de ese contexto– nos llevará a adoptar algunas notas y rasgos del llamado constitucionalismo fuerte. ¿En qué sentido? En primer lugar, debe decirse que la concepción general del Derecho y las instituciones políticas y jurídicas es una de tipo fundamentalmente instrumental. Desde esta posición, eminentemente hobbesiana, tanto «la Constitución y la justicia constitucional como los derechos fundamentales, son artificios jurídicos que cobran

obstante, este ha sido, en la posguerra, la forma en el ideal se ha expandido llegando incluso a proponerse para la cuna del constitucionalismo, para el Reino Unido. Cf. GOLDSWORTHY, Jeffrey, “Legislative sovereignty and the rule of law”, *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge, CUP, 2010, pp. 57-78, pp. 59 y ss.

todo su sentido al servicio de la limitación del poder y de la garantía de la inmunidad y de la libertad de las personas»¹²⁴². Esta forma de ver las cosas, puede ir perfilando tanto un diseño institucional así como una forma de ver la Constitución. En su núcleo estará la idea de que lo que esta última posibilita es el establecimiento de un orden de convivencia con la pretensión de perdurabilidad. Es claro, por lo demás, que esta forma de ver las cosas, aunque no sea del todo incompatible con una suerte de contractualismo, y por ello con alguna importancia de la participación política.

En primer lugar, pues, la ideología legalista abogaría por el establecimiento de una Constitución sí; y con algún grado de rigidez importante. Ahora bien, esa Constitución deberá ocuparse sólo de cuestiones fundamentales deberá ser, en este sentido, una Constitución «garantista» o «modesta»¹²⁴³. Deberá presentarse como la cúspide del Ordenamiento jurídico, en una concepción, también sistemática, estructurada y escalonada del sistema jurídico. Deberá abocarse al establecimiento de la estructura y organización del poder político, de la división de poderes así como del establecimiento de un catálogo de derechos y libertades fundamentales, tanto civiles como políticos. Además, estimo, ahí se «expulsaría al mundo de la legislación y política ordinaria» lo concerniente a la satisfacción de los bienes o necesidades básicas (o dejándolas en un escalón constitucional que no goce de las garantías cualificadas de aquéllos –v gr. del recurso de amparo-). En este sentido será una Constitución de básica o mínima. O para decirlo con J. Rawls de una Constitución de «*Constitutional Essentials*».

Ese carácter instrumental de las instituciones políticas y jurídicas, considero, también podría servir para justificar el establecimiento de la garantía jurisdiccional de la Constitución. Son muchas las cuestiones que podrían decirse, pero, pienso, lo más importante es lo siguiente. Por una parte, la crítica al constitucionalismo fuerte en tanto un diseño institucional que puede prescindir, o de hecho prescinde, de una correcta teoría de la autoridad –quién y por qué decide sustraer de las decisiones mayoritarias– no desaparecerá¹²⁴⁴. Al contrario, es ahí en el mismo donde la misma se

¹²⁴² Toma esta argumentación tal y como la presenta: PRIETO, Luis, “Nota preliminar” *Íd.*, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, aquí págs. 9 y 12

¹²⁴³ Sigo aquí la terminología propuesta por Shauer en “The modest constitution”, cit.

¹²⁴⁴ Según J. Shklar, quien sigue en este punto a M. Weber, el legalismo no sólo es hostil a toda reforma social de fondo sino también a la democracia en general. Véase: Shklar, Judith, *Legalismo*, cit., aquí pág. 28 y ss.

potencia de forma más clara por la combinación misma de los mecanismos del constitucionalismo fuerte. Una forma de atemperar dichas críticas pasan, por un lado, por que el contenido mismo de la Constitución no sea superfluo o no merezca en estricto sentido dicha protección reforzada. Por otro lado, pienso que la práctica y centralidad del Derecho no debería posicionarse en este plano sino en el plano de la legislación ordinaria. Es decir, el Derecho, la empresa jurídica, deberá verse como un sistema de reglas de conducta tendiente a garantizar unos derechos y libertades básicas, que deberán en gran medida hacerse valer no por los cauces constitucionales sino, sobre todo, por el sistema de legislación ordinaria¹²⁴⁵. La garantía jurisdiccional de la Constitución, estaría más próxima, por tanto, a una concepción como la kelseniana, donde se reafirme su carácter sistémica y, sobre todo, subsidiaria.

Si ello es posible, pienso que lo que emergerá de aquí será una concepción específica de Constitución¹²⁴⁶. Es decir, lo que emergerá aquí es una Constitución que se entiende fundamentalmente de modo negativo o parcial. En el caso del legalismo, en efecto, se trata del modelo de Constitución que se establece como límite respecto del ordenamiento jurídico: los derechos se conciben centralmente como límites negativos del orden jurídico, límites negativos a la acción del Estado, por lo que la legitimidad del orden jurídico depende fundamentalmente del ‘respeto’ a dichos límites, del respeto a los derechos negativos. Estos van a marcar el perímetro de lo que puede o no puede ordenarse, prohibirse o sancionarse legítimamente¹²⁴⁷. Por ello se ha dicho también que el constitucionalismo que se obtiene del mismo es fundamentalmente un “constitucionalismo defensivo” y “parcial”: es defensivo en la

¹²⁴⁵ En este sentido, Susana Pozzolo señala que “la constitución puede ser configurada como un mero límite o barrera de la ley; esto conlleva una amplia posibilidad de despliegue de la normativa infraconstitucional (*casi la Constitución no existe*) hasta que la ley no afecte un interés constitucionalmente tutelado. De este modo la superioridad de la Constitución se refleja en la normativa infraconstitucional solo de forma excepcional. Surge así un efecto gracias al cual los derechos subjetivos son (tendencialmente ampliados) y extendidos, y paralelamente se limitan las obligaciones. En efecto, esta configuración induce a causar conflictos que sirven para invalidar la normativa infraconstitucional menos favorable a las posiciones subjetivas que la Constitución tutela”. Cf. POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, cit., aquí pág. 171. (cursivas mías)

¹²⁴⁶ La concepción constitucional, nos dice J. Aguiló Regla (“Sobre la constitución del Estado Constitucional”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 429-457, 453 y ss), nos suministra tanto razones justificativas del diseño institucional como criterios de interpretación de las constituciones positivas. Para el autor un punto clave de contraste consiste en saber cómo se entienden los deberes incorporados a la Constitución.

¹²⁴⁷ Cf. AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, cit., pág. 454.

medida en que se traza límites negativos y es parcial puesto que no «penetra» en todas las relaciones sociales¹²⁴⁸. Aquí el contenido del ordenamiento jurídico es un contenido relativamente autónomo en relación con la Constitución y ello puede apreciarse especialmente en el mayor grado de autonomía del Derecho Privado respecto a aquella.

La caracterización de Fioravanti como norma fundamental de garantía puede ser también útil: por ella se establecerá un sistema, una estructura, de gobierno. Es en este sentido en el que pienso que la Constitución del legalismo es una juricéntrica: entender al Derecho Constitucional como «verdadero Derecho», como directamente vinculante, sí; pero, y esto es lo más importante, donde la centralidad de la práctica jurídica no radique en ella. La Constitución establecería un número limitado de reglas y mecanismos que precisan verse como una suerte de «principios de segundo orden» al interior del propio Ordenamiento, principios tales como la división de poderes, la garantía de los derechos y libertades fundamentales, la democracia en tanto estructura y organización para el cambio ordenado y pacífico del poder político, etc. Son principios que resultarán indisponibles a la democracia misma porque de otra forma no atinaríamos a constituir un orden social. La piedra de toque, pues, es la idea de que el Estado y las instituciones son instrumentos al servicio de la dignidad del individuo y que, por tanto, toda decisión, norma, mandato deberá poder justificarse.

2. CONSTITUCIONALISMO: UN MODELO DE CONSTITUCIONALISMO DÉBIL

En esta parte de mi tesis me gustaría defender que la ideología constitucionalista que aquí estoy esbozando se adecua de mejor con el “constitucionalismo débil”. Es decir, con cierto arreglo o diseño institucional en el que la Constitución no representa un grado sumo de rigidez o que no se precisa como requisito necesario que la última palabra institucional válida sobre su interpretación sea competencia de un órgano jurisdiccional. Lo anterior, bien porque no haya institucionalización de su garantía jurisdiccional; o bien porque, existiendo, las decisiones de un tribunal con tal competencia puedan ser cuestionadas, por distintos causes, por aquellos órganos con

¹²⁴⁸ LA TORRE, Massimo, “Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos” cit. pág. 51.

mayor legitimidad democrática. Si bien antes de la «crítica waldroniana»¹²⁴⁹ no se había contestado de modo tan convincente la rigidez constitucional, la supremacía judicial y sus argumentos—v. gr. que se trata de una «garantía estrictamente jurídica»; mecanismo contra la «tiranía de la mayoría» etc.—ahora, y gracias a la fuerza de la misma, se ha hecho notar que el espectro de posibilidades para articular nuestras exigencias irrenunciables de autonomía privada y autonomía pública son más amplias. No se mueven sólo entre el llamado «modelo Westminster» de supremacía parlamentaria o el «constitucionalismo fuerte». Aquí es donde entra en escena el «constitucionalismo débil».

En todo caso, debe destacarse nuevamente que la discusión en cuanto a la pertinencia de un diseño institucional dado se ha trasladado a indagar en qué casos puede estimarse justificado «entre el menú disponible». Que se ha producido tal giro se aprecia en quienes podríamos considerar, quizás, los casos más significativos: R. Dworkin y J. Waldron. En efecto, mientras el primero defendía a ultranza la *Judicial Review* y el segundo la atacaba con la misma fuerza; ambos han terminado aceptando, al fin, la tesis contextual. «El control judicial de las leyes —escribió Dworkin— puede ser menos necesaria en aquellas naciones donde las mayorías estables tienen un fuerte historial de proteger la legitimidad de su gobierno mediante la correcta identificación y el respeto de los derechos de los individuos y de las minorías»¹²⁵⁰. Waldron, por su parte, ha señalado que ya no defiende que la *Judicial review* sea condenable en todos los supuestos. Y que ciertamente no lo sería en aquellos casos donde existe una cultura política democrática débil, las instituciones son corruptas o tienen un pasado de opresión a las minorías o de denegación de derechos¹²⁵¹.

Teniendo esto en mente, en el presente apartado dedicado a la plasmación institucional de la ideología constitucionalista y a su concepción constitucional procederé como sigue. En una primera parte haré referencia a una posición que ha

¹²⁴⁹ En realidad, se trata de una crítica con varios estadios, como hemos visto. De lo que no hay duda es que el último, lo ocupa la crítica de Waldron. Sobre su repercusión e impacto entre constitucionalistas y filósofos políticos —y no sólo de habla inglesa— puede verse, por ejemplo: R. Gargarella y J. L. Martí: “La filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, (estudio introductorio) en: J. WALDRON, *Derechos y desacuerdos*, cit., pp. XII-XLVIII.

¹²⁵⁰ Cf. DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, 2011, aquí pág. 398.

¹²⁵¹ Cf. WALDRON, Jeremy, “The Core Againsts Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406, aquí pág. 1406.

venido cobrando importancia. Me refiero al llamado «constitucionalismo popular» [*Popular Constitutionalism*]¹²⁵². Esta corriente puede analizarse con provecho, pienso, al hilo del denominado «constitucionalismo político» en la tradición continental europea en oposición al «jurídico». Es decir, con ello aludo fundamentalmente al *modo* en que se garantiza una Constitución. Mientras que aquél último se decanta por su garantía jurisdiccional, los otros abonarían a la participación directa de los ciudadanos o bien por medio de los poderes con mayor legitimidad democrática. Se trata, qué duda cabe, de etiquetas muy amplias, que corren el riesgo de no captar adecuadamente mucho de lo que puede distinguirse. Sin embargo, es importante en la medida en que puede entenderse como un modelo institucional que haciendo una fuerte defensa sustantiva del ideal democrático busca o pretende una suerte de supremacía parlamentaria irrestricta. Ello merece, de la misma forma, hacer un repaso a las críticas más importantes que ha recibido.

Posteriormente, intentaré mostrar qué tesis se necesitarían defender para optar únicamente por el valor instrumental de la democracia. Esto es, como mecanismo de toma de decisiones correctas¹²⁵³. A esto último propongo llamar «duda democrática»: si la democracia no se equivoca ¿para qué los mecanismos contramayoritarios? Abordo esta pregunta haciendo referencia a la democracia como método de toma de decisiones colectivas y a la tesis epistémica de la democracia en general –el teorema

¹²⁵² Tal y como veremos no es fácil catalogarlo. En una inicial aproximación, puede decirse que, en el contexto aludido, el constitucionalismo popular ‘como tal’ –como ‘descriptor’– aparece por primera vez en el año de 1987 en un trabajo de R. BERNSTEIN *Charting the Bicentennial* en la *Columbia Law Review* (núm. 87). La referencia la tomo de: DONELLY, Tom, “Making Popular Constitutionalism Work”, *Wisconsin Law Review*, núm. 159, 2012, pp. 159-194, aquí pág. 163, (nota al pie núm. 11). Según Donelly, la secuencia sería la siguiente: después de aquél trabajo, el constitucionalismo popular fue desarrollado con algún detalle por D. REED en su *Popular Constitutionalism. Toward a Theory of Constitutional Meanings*, publicado en 1999 en la *Rutgers Law Review* (núm. 30). El salto cualitativo vendría posteriormente con los trabajos de L. D. KRAMER, quién ha hecho un tratamiento completo, y que comienza en su controvertido *Supreme Court 2000 Term-Foreword: We The Court* publicado en 2001 en la *Harvard Law Review* (núm. 115), con posteriores trabajos a los que se irán haciendo mención. Es curioso, no obstante, que no haga mención al trabajo de R. Parker *Here The People Rule*, publicado en 1993. Una breve introducción en: GARGARELLA, Roberto, “El surgimiento del constitucionalismo popular”, *Revista de Libros*, núm. 112, 2006.

¹²⁵³ Como explica con meridiana claridad J. C. Bayón: “Por un lado, contaría el valor que pueda reconocerse al procedimiento en sí mismo, al modo en que se toman las decisiones con independencia de cuáles resulten ser éstas (es decir, su valor *intrínseco*). Por otro, contaría el valor que quepa atribuir a los efectos o resultados del procedimiento y especialmente al contenido de las decisiones que se toman a través de él, de manera que en este sentido sería más valioso el procedimiento que tendiese en mayor medida a producir decisiones sustantivamente correctas (y hablaríamos entonces de su valor *instrumental*).” Véase: BAYÓN, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 189-228, aquí pág. 191.

del jurado de Condorcet—. Posteriormente, haré una breve referencia a los problemas de agregación de preferencias ampliamente estudiados por la teoría de la elección social (paradojas de Condorcet y de Arrow) a los que tendría hacer frente. Descartada esta vía, indagaré en la propuesta de la articulación republicana de la democracia cuando a la misma se le añade una cláusula epistémica. Cuando esto sucede a mi juicio se cae en otro exceso: ya por colocar el criterio de corrección, de justicia, en la democracia misma ya por desvanecer el hecho del desacuerdo, algo que tanto se critica al constitucionalismo fuerte. Por último, intentaré mostrar alguna alternativa que, si bien resulte más democrático, que no caiga en el exceso anterior. Se propondrá, en definitiva, otro balance de los elementos en juego.

2.1. CONSTITUCIONALISMO POPULAR: CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

Últimamente viene cobrando fuerza en el discurso académico el así llamado «constitucionalismo popular» o «populista». Como suele suceder con algunas propuestas de reciente data, no estamos ante una corriente unitaria o bien definida¹²⁵⁴. Urgando en las propuestas de los autores que pueden incluirse en él, D. Pozen ha destacado que el constitucionalismo popular tendría nada más ni nada menos que media docena de notas características¹²⁵⁵. Son las siguientes:

- a) la constatación de que los norteamericanos viven una época de «supremacía judicial» —dado su modelo de constitucionalismo fuerte— en la que «el pueblo ha abdicado de su autoridad colectiva» de determinar el significado último de la Constitución;

¹²⁵⁴ Un crítico señala que esa es “una de las principales frustraciones para analizar el conjunto de obras académicas que defienden el constitucionalismo populista” puesto que son incapaces de “definir el concepto con alguna precisión”. Véase: CHEMERINSKY, Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, núm. 3, 2004 [trad. cast. de C. Morales de Setien, “En defensa del control de constitucionalidad de las leyes. Los peligros del constitucionalismo populista” en: E. Chemerinsky y R. D. Parker, *Constitucionalismo popular*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011, pp. 61-96, por donde se cita, aquí pág. 68]; en sentido similar, por ejemplo: Véanse: FRIEDMAN, Barry, “Mediated Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, núm. 101, 2003, pp. 2596-2636 [trad. cast. de M. Maxit, “Constitucionalismo popular mediado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, núm. 1, 2005, pp. 123-160, por donde se cita, aquí pág. 125].

¹²⁵⁵ Cf. POZEN, David E., “Judicial Elections as Popular Constitutionalism”, *Columbia Law Review*, núm. 110, 2010, pp. 2047-2134; esp. pág. 2053 y ss.

- b) la idea de que la supremacía judicial «es el enemigo» de la vida política. Entre las patologías derivadas de aquél modelo y de la *Judicial Review* estaría, por ejemplo, que su cultura jurídica haya devenido «juricéntrica»;
- c) la idea de que tal supremacía ha muy sido nociva, «una fuerza debilitadora», para la vida pública norteamericana. Ello puede apreciarse, entre otras cosas, en la pasividad ciudadana, en su «alienación constitucional»;
- d) una tesis normativa que sostiene que hay que rectificar de aquella noción de supremacía judicial para, en su lugar, empoderar al pueblo con miras a que, individual o colectivamente, reivindique su Constitución;
- e) un corolario de esta última es una proposición empírica consistente en la progresiva fe, en la confianza, de que las personas comunes o sin formación jurídica, tienen capacidad para interpretar e implementar la Constitución basándose en principios sustantivos [*principled fashioned*]. Los enemigos del constitucionalismo popular, por tanto, serían o elitistas o aristócratas;
- f) finalmente, la sexta proposición y que, según Pozen, puede ser la más difícil de comprender para los juristas: la afirmación de que la línea que separa el Derecho constitucional de la cultura constitucional, que separa la creación del «Derecho superior» de la «política ordinaria», es una línea más fluída de lo que normalmente se suele pensar. Las cuestiones fundamentales, sean normativas, sean autoritativas, respecto al Derecho no surgen, por tanto, en sede judicial, sino en un «proceso esencialmente político de construcción Constitucional»¹²⁵⁶.

¹²⁵⁶ Existen otras tantas propuestas de caracterización. Además de ésta de Pozen, que es muy exhaustiva, está la de: ALEXANDER, Larry y SOLUM, Lawrence, “Popular Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, núm. 118, 2004-2005, pp. 1594-1640, esp. pp. 1619 y ss. Quizá valga la pena atender también la propuesta de L. Alexander y L. Solum en dicho trabajo (que, por lo demás, es una reseña al libro de Kramer). Para estos autores, habría dos clases de “Constitucionalismo popular” (CP en adelante). Por una parte tendríamos una forma en la que no cabría entender el CP como teoría interpretativa de la Constitución [*non-interpretive*]. Éste tipo, según los autores, sería aquél que colapsa en la forma más fuerte de interpretación constitucional del tipo “Árbol vivo” [*living Constitution*]: la gente, el pueblo no está limitado por el texto constitucional. Si este es el sentido que Kramer pretende darle al CP no estaría hablando en absoluto –según ellos– de una teoría de la interpretación constitucional. En sus palabras: el *CP no-interpretativo* “equivale a la idea de que la Constitución escrita no es vinculante y que los poderes del ejecutivo y del legislativo no sólo son libres sino que, incluso, están obligados a violar la Constitución escrita si ellos honestamente piensan que el pueblo les ha autorizado tales violaciones”. Al fin y al cabo, esta forma de CP no sería sino “una forma de democracia popular que no está limitada por norma legal alguna” (p. 1620). Posteriormente tendríamos cuatro formas de *CP interpretativo*: a) una forma “robusta” por la cual la interpretación de la Constitución corresponde al pueblo mismo para sustituir la interpretación que viene haciendo el Tribunal Supremo (p. 1621); b) una forma “modesta” por la que, por ejemplo, el pueblo pueda anular las usurpaciones flagrantes de la Constitución a cargo del Tribunal Supremo; c) una forma “trivial” por la cual la interpretación de la Constitución debe contar con la aprobación popular. Por ejemplo, se podría argumentar una suerte de “aceptación tácita” del orden constitucional vigente así como de la

Tal como se puede apreciar, es muy vasto su espectro. Parece que, al día de hoy, la mejor opción para referirse al mismo es en sentido amplio. Se trata de un movimiento que puede aglutinarse por insistir en la importancia que la (participación) política tiene para el constitucionalismo. Con tal insistencia buscan colocar en el centro del discurso constitucional la importancia del auto-gobierno. En un sentido más restringido, estimo, la clave está en su reivindicación de la importancia que deberían jugar las opiniones, juicios, argumentos, etc., del ciudadano común al momento de asignar significado a la Constitución. En el primer sentido aludido, autores como J. Waldron¹²⁵⁷ o M. Tushnet¹²⁵⁸ formarían parte del mismo. En el segundo grupo, las referencias más habituales son L. Kramer¹²⁵⁹, la R. Post y R. Siegel¹²⁶⁰, R. Parker¹²⁶¹,

interpretación que hacen los encargados de la misma en la medida en que el pueblo no se rebela a las mismas; f) finalmente, habría una forma “significativa” según la cual puede reconocerse la importancia a la opinión popular para asignar significado a la Constitución no obstante reconocer la última palabra revestida de autoridad al Tribunal Supremo, en una suerte de diálogo que envuelva a aquéllos así como a otras ramas políticas.

¹²⁵⁷ Véase: WALDRON, Jeremy, “The Core Againsts Judicial Review”, cit. Este trabajo, que como ya avancé, es importante porque Waldron rectifica su posición; sobre todo por aceptar la tesis contextual.

¹²⁵⁸ Véase: TUSHNET, Mark, *Taking Constitution Away from The Courts* Princeton, Princeton University Press, 1999

¹²⁵⁹ KRAMER, Larry D., “Supreme Court 2000 Term-Foreword: We The Court”, cit.

¹²⁶⁰ Ellos se autodenominan “constitucionalistas democráticos”, intentando desmarcarse, en alguna medida, del constitucionalismo popular (en la formulación de Larry D. Kramer). Y lo hacen básicamente porque, contra lo que este último sostiene, para ellos no hay incompatibilidad necesariamente entre la supremacía judicial y una forma de articular el constitucionalismo popular. Véanse: POST, Robert & SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review*, núm. 92, 2004, pp. 1027-1044, aquí pág. 1029; POST, Robert & SIEGEL, Reva, “Democratic Constitutionalism: A Reply to professor Barron”, *Harvard Law & Policy Review*, núm. 1, 2006 [trad. cast. de P. Bergallo, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013].

¹²⁶¹ Este autor propone entender la historia constitucional norteamericana por el predominio de alguna forma de comprender la energía política común: por una sensibilidad populista o antipopulista. Es esta última la que describe la misión inspiradora del Derecho constitucional moderno como corrector “de las deficiencias presuntamente endémicas del gobierno de la mayoría” (p. 146); la que provoca su inflación con aires grandilocuentes porque se cree un derecho “superior”, porque se cree “mejor que el derecho elaborado por la gente corriente” (p. 145); y la que, en fin, también se traslada al ámbito de los derechos “que se colocan usualmente frente a la depredación proveniente de la energía política común” (p. 147). Véase: PARKER, Richard, “Here The People Rule. A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review*, núm. 23, 1993, pp. 531-584 [trad. cast. de C. Morales de Setien, “Aquí el pueblo gobierna. Un manifiesto populista constitucional” en: E. Chemerinsky y R. D. Parker, *Constitucionalismo popular*, cit., pp. 97-191, por donde se cita]. Para R. Gargarella, (“El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”, en: M. Carbonell y L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, Trotta-IIJ-UNAM, 2010, pp. 403-426, aquí pág. 410) dicha sensibilidad antipopular queda magníficamente sintetizado en el trabajo de Roberto Unger cuando denunció “el pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea”, que no es otro sino su “disconformidad con la democracia”.

entre otros¹²⁶². Sin embargo, sus propuestas específicas de diseño institucional divergen notablemente.

Por poner un ejemplo: mientras los primeros han defendido abiertamente eliminar la *Judicial Review*, en los demás no está del todo claro. M. Tushnet está entre quienes se han pronunciado con mayor contundencia, piénsese en *Taking Constitution Away from The Court*, contra aquella¹²⁶³. Me gustaría destacar que, incluso este autor, ha sostenido que la existencia de la institución del control de constitucionalidad de las leyes no es *necesaria* en Estados que, siendo democracias-liberales, tienen «un funcionamiento razonablemente fiable»¹²⁶⁴. Donde esto no ocurra, sí lo sería. De tal forma que deben introducirse importantes matices en lo que respecta a la forma de articular institucionalmente las propuestas. Más adelante aludiré a algunas de ellas. Antes, me gustaría centrarme en una de las estrategias que aparecen con mayor frecuencia en el constitucionalismo popular. Dicha estrategia no es otra sino impugnar lo que puede llamarse la «interpretación canónica del constitucionalismo». Esto es, una de sus batallas típicas pasa por la tarea de intentar re-escribir la historia constitucional (norteamericana)¹²⁶⁵.

En efecto, una de las señas del constitucionalismo popular es la vindicación de otra historia y significado constitucional, extraviado –según ellos– en el curso del tiempo¹²⁶⁶. En este sentido, estimo, comparten la empresa de cierto republicanismo

¹²⁶² Otro caso sería el llamado ‘constitucionalismo popular mediado’. Véase: FRIEDMAN, Barry, “Constitucionalismo popular mediado”, cit.; también pueden verse los trabajos aparecidos en ese mismo número: GARGARELLA, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y ‘el constitucionalismo popular mediado’”, aquí pp. 161-167; y la respuesta de FRIEDMAN, Barry, “Las posibilidades normativas del control de constitucionalidad de las leyes: una respuesta a Roberto Gargarella”, aquí pp. 169-174.

¹²⁶³ Véase: TUSHNET, Mark, *Taking Constitution Away from The Courts*, cit., esp. capítulos 6 y 7.

¹²⁶⁴ Cf. Véase, TUSHNET, Mark, “Abolishing Judicial Review”, *Constitutional Commentary*, núm. 27, 2011, pp. 581-589, aquí, pág. 584. Este pequeño trabajo, por lo demás, es muy significativo porque en él formula una propuesta de reforma constitucional (*Ammedment*) para abolir el control de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos y sintetiza los argumentos que, desde su punto de vista, lo justifican. Para él, el constitucionalismo fuerte, como el prevalente en los Estados Unidos, descansa sobre una base muy cuestionable: dar por hecho que, de entre las opciones disponibles, la interpretación constitucional a cargo de los jueces *es más razonable* de la que hacen los legisladores. Y es cuestionable por el profundo desacuerdo sobre el contenido y alcance de los derechos; pero también por no atinar a ver que la Constitución es un Derecho especial dada su impronta política. Pero, en realidad, se trataría nuevamente de una tesis contextual. (“Abolishing Judicial Review”, cit., aquí pág. 585-586).

¹²⁶⁵ Véase: WOOD, Gordon S., *The Creation of the American Republic*, Chapel Hill, 1969.

¹²⁶⁶ Por poner un ejemplo: R. Parker habla de una “reorientación en la misión o propósito central del derecho constitucional moderno”. La misma debe retomar una marca distintiva del discurso del derecho constitucional: la afirmación del gobierno de la mayoría. Sin embargo el poder de esa simple afirmación se ha disuelto. La restauración de ese poder es, precisamente, el fin de la reorientación

pues también buscan «determinar» o «destacar» la influencia de otras fuentes que pudieran haber inspirado su revolución más allá del «paradigma lockeano»¹²⁶⁷ interpretado fundamentalmente en clave liberal¹²⁶⁸. Que ese auge se dé en Estados Unidos no me parece extraño porque, precisamente, su estructura de gobierno se estima la quintaesencia del liberalismo. Estos autores entienden y buscan que su Constitución se entienda como «marco para la política» sin ataduras del pasado. Un proyecto político y jurídico que mire hacia el futuro¹²⁶⁹. Que sea un proyecto de y para las personas, para la gente, de aquí y ahora. En lo que sigue me interesa delinear de qué forma se hace presente en una de sus propuestas más importantes.

En *The People Themselves* Larry D. Kramer inicia con varias alusiones al momento fundacional estadounidense y en las que podemos percibir «el significado profundo de la Revolución»: la importancia y el rol decisivo que jugó el gobierno popular¹²⁷⁰. Líneas más adelante desliza una tesis básica y según la cual los comentaristas modernos, sobre todo los jurídicos, hacen una lectura anacrónica de la historia constitucional. Dicha lectura es errónea, sobre todo, por otorgar «demasiado peso, o *el peso equivocado*, a las quejas contra los excesos de la democracia»¹²⁷¹, lo que difícilmente puede negarse¹²⁷². En todo caso, sería una específica interpretación la

populista del discurso constitucional. Cf. PARKER, Richard, “Aquí el pueblo gobierna. Un manifiesto populista constitucional” cit., pp. 170-171.

¹²⁶⁷ Véase: RODGERS, Daniel T., “Republicanism: the Career of a Concept”, *The Journal of American History*, vol. 79, 1992, pp. 11-38, aquí pág. 13.

¹²⁶⁸ Este epígrafe hace eco de B. Baylin, uno de los autores más importantes para el *revival* republicano y quien destacara que en el periodo revolucionario también pueden encontrarse referencias a autores clásicos y sus obras (v. gr. Aristóteles, Cicerón, Polibio, entre otros). De la misma forma, señala que en ocasiones se comparaba aquel pasado «virtuoso, frugal, patriótico y lleno de amor a la justicia»; con el «vanal, cínico y opresivo» presente. Véase: BAYLIN, Bernad, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, (enlarged edition), 1992, aquí pp. 23 y 259.

¹²⁶⁹ Enfatiza esto, por ejemplo: TUSHNET, Mark, “Popular Constitutionalism as Political Law”, *Chicago Kent Law Review*, núm. 81, 2006, pp. 991-1006, aquí pág. 994, donde señala que una de las consecuencias más visibles del hecho de que la Constitución sea considerada como “Derecho Político”, es que el mismo sea entendido fundamentalmente como “Derecho que mira hacia el futuro”.

¹²⁷⁰ KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, OUP, 2004 [trad. cast de P. Bergallo, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, por donde se cita, aquí pág. 17]. No es casual, desde luego, que Kramer haga referencia aquí, y en muchos otros pasajes de su obra, a Gordon S. Wood.

¹²⁷¹ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 18.

¹²⁷² Dicha lectura la encontramos magníficamente sintetizada en un trabajo de J. Elster que vale la pena reproducir aquí. Según el profesor noruego, los padres fundadores de los Estados Unidos y los constituyentes franceses “‘se referían constantemente al riesgo de las mayorías populares bajo un impulso repentido por pasiones pasajeras’”. En Filadelfia –escribe Elster– encontramos referencias a ‘la turbulencia y las veleidades de la democracia’, ‘la furia de la democracia’, ‘las pasiones populares que se extienden como el fuego y se tornan irresistibles’, ‘volubilidad y pasión’, ‘la turbulencia y violencia

que explica que se presente a los constituyentes «como luchando por crear un sistema autocorregible de frenos y contrapesos cuyas operaciones fundamentales podrían funcionar totalmente desde el gobierno mismo, con una implicación o interferencia mínima del pueblo»¹²⁷³. El problema es que la prevalencia de este relato estándar no sólo implicaría ignorancia sino, en el peor de los casos, un desprecio consciente del papel que habrían jugado los ciudadanos en él. Y lo que es más importante, que tal relato ha prevalecido a cambio de pagar un precio demasiado alto: sacar «al pueblo mismo» de la dinámica constitucional. Este es el error fundamental que los populistas denuncian.

En efecto, en el caso estadounidense, y contra lo que suele señalarse, se habría actualizado como nunca la idea «de un gobierno fundado explícitamente en el consentimiento del pueblo, manifestando un acto distintivo e identificable, y que quienes habían dado su consentimiento eran intensa y profundamente conscientes de ello»¹²⁷⁴. Ello supondría una relación más estrecha con la idea de soberanía popular. Ahora bien, lo anterior no significa que niegue del todo la preocupación, ciertamente existente, de los potenciales desvaríos del gobierno mayoritario. No obstante para Kramer, lo que en todo caso habría que destacar es que, en la visión que él ofrece de los padres fundadores, «la Constitución seguía siendo fundamentalmente un acto de voluntad popular: la carta del pueblo y hecha por el pueblo»¹²⁷⁵. Y que tal acto de voluntad no se limitaba al momento constituyente. Más bien era todo lo contrario, pues seguía siendo «el pueblo mismo, trabajando a través de y respondiendo a sus agentes en el gobierno, el que seguía siendo el responsable de ver que la Constitución

de la pasión desbordada' y 'la precipitación, la veleidad y los excesos de la rama legislativa'. En París –continúa Elster– Lally-Tollendal aludía a la Asamblea 'cautivada por la grandilocuencia, seducida por sofismas, engañada por las intrigas, inflamada por las pasiones que despierta, transportada por los repentinos movimientos que suscita, paralizada por los terrores que inspira'. Otros advertían –por último– contra los 'prestigios de la elocuencia, la efervescencia del entusiasmo', 'las acusas del error, de precipitación o de seducción oratoria' o 'el error, la precipitación y la ambición'. Véase: ELSTER, Jon, "Majority Rule and Individual Rights" en: S. Shute y S. Hurley (eds.), *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, New York, Basic Books, 1993 [trad. cast de H. Valencia, "Régimen de mayorías y derechos individuales", en: S. Shute y S. Hurley (eds.), *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 165-199, por donde se cita, aquí pp. 173-174]

¹²⁷³ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 18.

¹²⁷⁴ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 17.

¹²⁷⁵ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 19.

fuera interpretada e implementada de forma adecuada. La idea de entregar tal responsabilidad a los jueces –según señala– era simplemente impensable»¹²⁷⁶.

Detengámonos en estas dos últimas afirmaciones que no dejan lugar a dudas de la exaltación populista operada por este autor. A su juicio, dada la cercanía del constitucionalismo norteamericano con la tradición británica de derechos y libertades –la «Constitución consuetudinaria»–, se avalaría desde sus inicios aquella idea; pero también la idea de que todos los departamentos del gobierno están vinculados por igual a la Ley Fundamental. Además de esta implicación, me interesa señalar la respuesta que da a la pregunta de quién era el responsable de la interpretación y exigibilidad de la Constitución. En todo su libro de Kramer no hay lugar a dudas: es «el pueblo mismo» quien tiene dicha encomienda. No los jueces. Ni siquiera los legisladores¹²⁷⁷. En efecto, el pueblo, o la muchedumbre –«expresión directa de la soberanía popular»–, se organizaba para «defender los valores de la comunidad contra los funcionarios públicos indiferentes o ineficaces y contra la acción ilegal o inconstitucional del gobierno»¹²⁷⁸. Entre los remedios utilizados estaban los disturbios: «una forma aceptada pero no ciertamente admirada de acción política – común en Inglaterra y en el continente tanto como en América–»¹²⁷⁹. En su relato, el

¹²⁷⁶ *Ibidem*. Esta es una afirmación que Kramer hace en varias partes del texto. Por ejemplo, destacando algunas diferencias de diseño entre el modelo kelseniano o europeo de justicia constitucional en el que, según Kramer, al tener presentes las dificultades inherentes de la supremacía judicial, se introducen algunas innovaciones para, a su juicio, liberar de la presión que genera aquella (la reforma constitucional es más accesible); en cambio, la Constitución de Estados Unidos “no contiene mecanismos similares porque cuando [los] padres fundadores la redactaron nadie había imaginado aún algo siquiera remotamente parecido a la moderna supremacía judicial”. (pág. 305) No obstante lo anterior, dice, los Tribunales Constitucionales se las han sabido arreglar para traspasar tales mecanismos lo que ha llevado a cuestionar la autoridad de los mismos. Tal sería el caso de TCF de Alemania.

¹²⁷⁷ Ahora bien, que se diga que era el pueblo quién era el responsable por la interpretación y exigibilidad de la Ley Fundamental no es, según Kramer, mera palabrería. Se trataba “de la invocación de un conjunto específico de remedios mediante los cuales ‘el pueblo’ –concebido como un cuerpo colectivo capaz de acción independiente– tenía el poder para hacer cumplir la Constitución contra los gobernantes errados. La comunidad misma tenía tanto el derecho como la responsabilidad de actuar cuando el proceso legal ordinario fracasaba, y las leyes inconstitucionales podrían ser resistidas por los miembros de la comunidad que continuaban profesando lealtad al gobierno y cumpliendo otras normas”. Véase: KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 40.

¹²⁷⁸ Cf. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 43.

¹²⁷⁹ Tales muchedumbres, explica, “no consistía en criminales, ni bandas, ni borrachos, y otra suerte de chusma sino en lo que los contemporáneos referían como los sectores medios –comerciantes, artesanos, granjeros y trabajadores– a veces liderados por uno de los suyos, pero con frecuencia conducidos por la élite local”. Además, tenía una considerable resolución y decisión discriminadora al seleccionar sus objetivos y al ocuparse de no infligir daños colaterales. Se trataba pues, de una acción popular, “que seguía reglas consuetudinarias implícitas sobre la proporción de la violencia adecuada y los objetivos

poder de la gente «permea» por todas partes. Empezando por la comunidad, las asociaciones, hasta llegar a las instituciones mismas. Otro punto a tener en consideración es que la protesta representa para él la forma y estructura básica del constitucionalismo popular¹²⁸⁰. Que así fuera, por lo demás, se consideraba como una de las mayores garantías de la libertad misma¹²⁸¹.

Kramer es plenamente consciente de que sus afirmaciones son muy criticables. Lo que busca, a pesar de ello, es recuperar la imagen de los ciudadanos estadounidenses viéndose a sí mismos como habiendo luchado por el imperio de su Constitución. Pero no en un sentido metafórico sino luchando realmente; esto es, luchando a través de «formas de oposición constitucionales». También le interesa cuestionar que aquéllos –ciudadanos norteamericanos del siglo XVIII– se hubiesen planteado llevar sus disputas constitucionales ante un juez para su resolución, algo que, a su juicio, ni siquiera les pasó por la mente¹²⁸². Este es uno de los puntos fundamentales en su construcción. Los jueces no pueden ni deben gozar de primacía o supremacía puesto que es el pueblo mismo quien sigue siendo el soberano. Son «un departamento más» en el entramado de división de poderes. Y si ocasionalmente pueden ejercer algún tipo de control es precisamente porque ellos también tienen el *deber de resistir* las leyes inconstitucionales. Son, para decirlo brevemente, «otra instancia del derecho de cada ciudadano a rechazar reconocer la validez de una ley

permitidos, lo que permitía que los contemporáneos tuvieran la posibilidad de distinguir la acción constitucional de la multitud de un simple levantamiento”. Por último, nos dice, la muchedumbre te observaba tales reglas con una fidelidad sorprendente (aunque no obviamente perfecta), y la culpa por los daños o la muerte, cuando ocurría, residía típicamente en las autoridades constituidas. (Cf. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pp. 43-44)

¹²⁸⁰ El legislativo y el poder judicial están, afirman quienes protestaban, al “servicio del pueblo”. En tal carácter, actuando con las intenciones correctas y en ejercicio de su mejor entendimiento, deben tratar de cumplir con la Constitución. Si surgen conflictos KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 65.

¹²⁸¹ El caso de los jurados sirve a Kramer para ilustrar este extremo: los jurados populares, señala, si bien podían ser instruidos por jueces profesionales se configuraban en una posición dominante frente aquellos. Así, se introducía una ‘combinación de poder popular’ en la ejecución de la ley, lo que era ‘una importante protección de la libertad’. Esto, no dice, era particularmente cierto en lo concerniente al derecho fundamental, ya que el jurado, era la ‘voz del pueblo’, la comunidad personificada para juzgar un caso particular. Si los grandes principios de la Constitución son íntimamente conocidos, son sensatamente percibidos por cada británico, ¿quién podía asegurar mejor el respeto a la ley fundamental?. Cf. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 45)

¹²⁸² Cf. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 56

inconstitucional –un deber y una responsabilidad ‘político-jurídica’ más que estrictamente jurídica–¹²⁸³.

En el planteamiento de Kramer, el *point* de la revolución norteamericana no sería otro sino «afirmar los principios de la soberanía popular y la Constitución ordinaria»¹²⁸⁴. Tal era el caso de J. Madison en la lectura que de él se nos ofrece. Para Madison era claro –a pesar de los riesgos que entraña la política popular– que las disputas constitucionales no podían resolverse en última instancia «sin una apelación al pueblo mismo, quien, como otorgante de las comisiones, es el único que puede declarar su sentido verdadero y su cumplimiento»¹²⁸⁵. Que fue así puede verse, por ejemplo, en el hecho de que se haya establecido un mecanismo de reforma. No sería consecuente con la idea de soberanía popular la pretensión de que el pueblo haya ejercido en una única ocasión o, para decirlo de otra forma, que se haya dado «de una vez y para siempre» su Constitución. Además, con la introducción de un mecanismo de este tipo se obtienen, al menos, dos beneficios: un proceso regular, «reglado», para modificar el Derecho vigente y, sobre todo, que las modificaciones puedan hacerse de forma pacífica (no haría falta acudir a la revolución). A mi juicio, es ejemplificativo de la apuesta de Kramer su afirmación de que, con mecanismo de reforma constitucional institucionalizado o sin él, «el pueblo retiene en todo momento la autoridad para corregir o cambiar el rumbo»¹²⁸⁶. Este es tipo el tipo de relato estándar de todo el libro.

Posteriormente, el autor de *The People Themselves* se cuestiona en qué momento cambió esa forma de comprender la Ley Fundamental. ¿En qué momento se pasó de una «concepción contestataria», de democracia directa o fuertemente participativa, por una suerte de «triumfalismo judicial»?¹²⁸⁷. Ese triunfalismo judicial

¹²⁸³ Cf. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 58.

¹²⁸⁴ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pp. 70-71.

¹²⁸⁵ Cuyos sentimientos sobre la política republicana fueron extrañamente pesimistas en los años posteriores a su experiencia en la asamblea de Virginia de 1788. No obstante,

¹²⁸⁶ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 74.

¹²⁸⁷ Aunque es difícil determinarlo con precisión desliza que fue en algún momento de la generación pasada. En sus palabras: “como quiera que sea, esto representa un cambio profundo sobre lo que hemos visto era en la práctica histórica Ni la generación de los fundadores ni sus hijos ni los hijos de sus hijos, ni sus descendientes hasta la generación de nuestros abuelos fueron tan pasivos en su rol de ciudadanos republicanos” [KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. p. 280]. Entre las causas que podrían estar en este cambio de actitudes, nos dice Kramer, estarían: “el mayor escepticismo sobre la democracia popular ocasionada por el totalitarismo del siglo XX; la anomalía histórica de la Corte Warren; dos generaciones de un consenso aproximado sobre la supremacía judicial entre los

puede verse «en la excesiva celebración de *Marbury v. Madison* cuyo significado exagerado parece inmune a la corrección histórica»¹²⁸⁸. La misma aceptación acrítica hacia la autoridad judicial también se observa entre los académicos –con sus excepciones– quienes más que controvertir este modelo que perpetúa la supremacía del Tribunal Supremo, lo que intentan es hacerlo cambiar de opinión o que cambie su integración¹²⁸⁹. Pero cualquiera de estas dos opciones son un error. Lo que debería cuestionarse siempre, y cualquier caso, son las razones que hay para aceptar sin más tal supremacía judicial. Éste es el asunto más importante ya que el resultado más perverso tal aceptación –«excesivamente anómala» en los tiempos constitucionales actuales–, está a la vista de todos. Con ella se ha removido como cuestión conceptual, a la gente común del proceso de moldear el Derecho constitucional¹²⁹⁰.

Ahora bien, podríamos preguntarnos ¿cómo puede articularse la forma de entender la Constitución propuesta por Kramer? Me parece que aquí hay que decir un par de cosas. Por un lado, que su contribución se cifra fundamentalmente en impugnar la supremacía judicial¹²⁹¹. Ahora bien, y concediendo los argumentos brindados, lo que corresponde es hacer el tránsito del plano de los principios al del diseño institucional. Entonces surge un problema no menor: cómo articular un diseño a la altura de las pretensiones del constitucionalismo popular que sea funcional, esto es, que haga factible que el «pueblo mismo» determine el significado Constitucional con carácter autoritativo final dentro del sistema. Este es uno de los puntos más oscuros y todavía pendientes de desarrollo. Una de las opciones más socorridas entre los autores populistas, es el «departamentalismo» [*departmentalism*]¹²⁹². En términos sumamente simples, el mismo puede entenderse a partir de la siguiente premisa: la autoridad interpretativa sobre la Constitución es compartida entre –o está dividida en–

intelectuales y los formadores de opinión tanto de izquierda como de derecha (por no mencionar el consenso entre los maestros de instrucción cívica en las escuelas)”. [pág. 285].

¹²⁸⁸ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 281.

¹²⁸⁹ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 280.

¹²⁹⁰ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 286.

¹²⁹¹ En este sentido, véase también: KRAMER, Larry D., “The Interest of Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy”, *Valparaiso Law Review*, núm. 41, 2006, pp. 697-754, aquí pág. 697 y ss.

¹²⁹² KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit.; Íd., “The Interest of Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy”, cit., pp. 740 y ss.

las tres ramas del gobierno¹²⁹³. Aquí me parece un tanto ambigua, en general, esta propuesta. Y me lo parece porque todo su discurso va en línea de dar al pueblo la autoridad final sobre la Constitución; y, sin embargo, termina suscribiendo este último enfoque aludido donde, si bien no se materializa aquella pretensión *al menos* no ‘da por buena’ la supremacía judicial.

El departamentalismo, como veremos, rescata las bondades de un esquema de distribución de competencias más flexible, dialógica, en el que la tarea de asignar significado a la Constitución sea vista como una empresa compartida por todos los actores constitucionalmente relevantes¹²⁹⁴. Tales actores van desde ‘el pueblo mismo’ pasando, obviamente, por los poderes públicos que *prima facie* gozan de mayor legitimidad democrática. Esta forma compartida de asignar significado no es nuevo. Para los constitucionalistas populares, de hecho, es el que obedece al diseño original plasmado por los *Framers* en la Constitución americana¹²⁹⁵. Es la mejor descripción de cómo había operado la práctica constitucional en el siglo XIX, sobre todo, teniendo en cuenta que su Constitución no instituyó la *Judicial Review*¹²⁹⁶. En ella, no se

¹²⁹³ Véase: JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism and Non Judicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004, pp. 105-147, aquí pág. ; GANT, Scott E., “Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution”, *Hasting Constitutional Law Quarterly*, num. 24, 1996-1997, pp. 359-440, aquí pág. ; POST, Robert & SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, cit., aquí pág. 1031.

¹²⁹⁴ Esta forma de ver las cosas no sólo incluiría la apuesta ‘departamentalista’. En realidad, la literatura académica ha hecho muchas propuestas, con distintas denominaciones, y todas ellas tienen como objeto primordial la crítica a la supremacía judicial (fuerte). Así por ejemplo: se habla de “control de constitucionalidad de las leyes coordinada o presidencial”, “protestantismo constitucional”, “constitucionalismo policéntrico”, “constructivismo constitucional”, “diálogo constitucional” y “constitucionalismo populista”. En todo caso, debe tenerse presente que todas estas denominaciones están marcadas por la experiencia norteamericana y que en muchos casos, sólo tienen sentido dentro de ella. Es decir, tienen sentido en su “mantra” contra la Corte Rehnquist de su autoatribución de la soberanía o exclusividad sobre la interpretación constitucional. Cf. JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism and Non Judicial Interpretation:”, cit. pág. 111.

¹²⁹⁵ Aunque es cierto, que en otras ocasiones se muestra un tono más vacilante, porque en realidad el enemigo es la supremacía judicial y, quizás de modo más fundamental, la manera en que ésta fue ejercida, como he señalado, por la “Corte Rehnquist”. Escribe L. D. Kramer en su *We The Court*: “la historia no puede obligar a abrazar que la comprensión exacta de los padres fundadores sea la del constitucionalismo popular, pero sí sugiere que una posición, al menos, no es plausible, la adoptada por la “Corte Rehnquist”, que niega que el constitucionalismo popular sea un concepto válido. De hecho, tanto nuestra teoría y nuestra práctica siempre ha reservado un espacio importante para que las personas tengan algo que decir en la interpretación de la Constitución, aunque con el tiempo se hayan vuelto más complejas. El constitucionalismo popular no es una curiosidad pintoresca en el mundo de los *Founding Fathers*. Es un principio fundamental que ha sido parte de nuestra tradición constitucional desde el principio. Véase: KRAMER, Larry, “We The Court”, cit., aquí pág. 163.

¹²⁹⁶ Cf. TUSHNET, Mark, “Alternatives to Judicial Review”, *Michigan Law Review*, núm. 101, 2002-2003, pp. 2781-2802, aquí pág. 2783.

reconoce una prerrogativa tal que sea única y exclusiva de alguna de las ramas del gobierno. Sin embargo, y por distintas causas, poco a poco fue asentándose un modelo fuerte de control de constitucionalidad de las leyes, mismo que, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, terminó propagándose por el mundo; y con él, la idea misma de supremacía judicial¹²⁹⁷. Tal forma de concebir el constitucionalismo parece ser, en efecto, la visión dominante no sólo en el ámbito jurídico sino también en el político y social. E incluye, desde luego, a aquellos juristas que estudian, enseñan o practican el Derecho desde el precedente judicial¹²⁹⁸.

Detengámonos en esto último que, estimo, es clave para comprender qué se defiende desde ésta posición. La supremacía judicial descansa en varios pilares: el primero es, obviamente, la competencia misma del órgano judicial para revisar la compatibilidad de normas o actos con la Constitución. El segundo pilar, es la pretensión de carácter autoritativo final. El tercer pilar, es el carácter vinculante para las demás ramas de gobierno –independientemente si consideran que la misma se errónea– de las interpretaciones que haga la Corte. La vinculatoriedad va del caso concreto, pasa por el precedente, hasta la obligatoriedad de la doctrina judicial. Este es el punto discutible: que con ello se «fija» con carácter autoritativo final el significado de la Constitución¹²⁹⁹. Sin embargo, visto con atención, cada una de tales implicaciones son perfectamente distinguibles. En esto han insistido algunos autores

¹²⁹⁷ TUSHNET, Mark, “Alternatives to Judicial Review”, cit., aquí pág. 2784.

¹²⁹⁸ Cf. JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism”, cit., aquí pág. 106. Sobre la educación y, en cierta medida, socialización a favor de la supremacía judicial, destacando la importancia de referencias anti-populares de los libros de texto, análisis incluido, véase: POZEN, David, “Popular constitutionalism, Civi Education, and the Stories We Tell Our Childrens” *The Yale Law Journal*, núm. 118, 2009, pp. 948-1001.

¹²⁹⁹ Según W. E. Murphy, la supremacía judicial es esto último, es decir, la *obligación* que tienen los demás funcionarios a proceder según no sólo lo señalado en un fallo determinado sino a seguir el mismo razonamiento dado por la corte en deliberaciones futuras. Los argumentos derivan básicamente también de las alegaciones hechas por el juez Marshall en *Marbury vs. Madison* donde se sostiene específicamente que: 1) la Constitución es Derecho; 2) que es competencia y función del Poder Judicial “decir lo que el Derecho es”; 3) que el control de constitucionalidad de las leyes es una parte integral del sistema norteamericano. De ahí muchos han argüido dicha supremacía en el sentido de que la interpretación que haga el Tribunal Supremo de la Constitución deviene preceptivo para todos los demás operadores jurídicos. En contra de la lectura y defensa de la supremacía judicial se ha aducido: 1) que la Constitución nada dice de esa competencia específica, sobre la *Judicial Review*, a favor del Tribunal Supremo; 2) que la *Judicial Review* tampoco debe implicar necesariamente la obligatoriedad de la doctrina judicial para las demás ramas del gobierno; y 3) que la interpretación hecha por el juez Marshall era de corte departamentalista y no suponía, en ningún caso, asumir dicha supremacía judicial. Véase: MURPHY, Walter E., “Who Shall Interpret?”, cit., pp. 406-407. Puede verse también: WHITTINGTON, Kenneth E., *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton, Princeton University Press, 2007, pág. 6.

al defender que en *Marbury v. Madison* pudo asumirse sólo el primer pilar, pero nunca el segundo¹³⁰⁰ (y mucho menos la vinculatoriedad de la doctrina judicial). En este sentido, M. Tushnet sostiene dicha sentencia posee espíritu departamentalista tanto en una acepción débil como en otra fuerte: en la primera, porque el Tribunal estimó que el Ejecutivo había afectado a su propio funcionamiento; defendiendo, por así decir, ‘su parcela’ constitucional. En la segunda porque el Tribunal ejerció su derecho, o mejor, su deber, de hacer valer la que estima es la mejor interpretación de la Constitución a pesar o no obstante lo que las otras ramas hayan dicho al respecto¹³⁰¹. Sin embargo no resulta tan fácil. Veamos por qué.

Para abordar brevemente el departamentalismo, hay que intentar distinguir provisionalmente dos planos. Por una parte, habría un sentido meramente descriptivo, que puede solventarse atendiendo a la pregunta ¿quién interpreta la Constitución? Por la otra, tendríamos uno prescriptivo que atendiera a la cuestión ¿quién debería interpretarla y con qué carácter? Esta última es la que importa a los populistas. La primera cuestión daría como resultado una suerte de departamentalismo competencial: bastaría con acudir al texto constitucional o a la práctica para afirmar que las tres ramas de gobierno ‘aplican’ (‘concretizan’, ‘moldean’, ‘interpretan’) la Constitución. Todo ello, en la medida que cumplen con las funciones que le han sido encomendadas. En este sentido, se entiende que su interpretación no es una actividad exclusiva del poder judicial. Acudiendo al diseño institucional plasmado, habría que analizar a qué rama de gobierno se asignan qué competencias y sobre qué materias. Luego, habría que precisar, cuando sea el caso, a cuál de ellas asigna carácter de árbitro último. De esta forma –y dependiendo de la provisión en cuestión–, la interpretación que la rama del gobierno competente hace sobre ella, obliga (políticamente) a las demás.

Esta forma de departamentalismo se conoce como «modelo distributivo» [*Allocative-Model*]¹³⁰². Es importante hacer notar que cuando se desarrolla el modelo

¹³⁰⁰ Por ejemplo: JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism”, cit., aquí pág. 118.

¹³⁰¹ TUSHNET, Mark, “Alternatives to Judicial Review”, cit., aquí pág. 2782.

¹³⁰² De tal forma que no sería una contradicción hablar de ‘supremacías interpretativas’: la habría, en el ámbito de sus competencias constitucionales, tanto del ejecutivo como del legislativo o del judicial, en un esquema clásico de división de poderes. Eso sí, sin que ninguna de ellas tuviera competencia para dirimir con carácter autoritativo último *sobre las demás* las eventuales disputas de competencia o interpretativas que de la Constitución tuvieran.

colapsa, en ocasiones, en el principio de división de poderes¹³⁰³. Para el caso estadounidense ello se hace más patente, dada su forma de gobierno presidencial y su forma de Estado federal¹³⁰⁴. Para poner un ejemplo relevante: ahí, el eventual control sobre la legislación no es competencia sólo del poder judicial, sino también del ejecutivo al otorgársele la facultad de veto. Esto se ve en la literatura como ejemplo de interpretación constitucional de corte departamentalista (un control político)¹³⁰⁵. La misma designación de magistrados del Tribunal Supremo sería otra –entre varias más–¹³⁰⁶. Ahora bien, si lo anterior es así, se añaden dificultades a la funcionalidad del modelo departamentalista porque dependiendo de cómo se conciba la división de poderes, puede ser más fuerte o más flexible. Será fuerte cuando las competencias encomendadas a las distintas ramas del gobierno se entiendan como compartimientos estancos, es decir, con carácter más bien formal, exclusivo, sin que medie algún control externo¹³⁰⁷. En cambio, será flexible cuando aquella se entienda en también sentido material, esto es, atendiendo no sólo al órgano sino a la función ejercida; y de

¹³⁰³ Cf. JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism”, cit. aquí pág. 116.; POST, Robert & SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, cit., aquí pág. 1032, donde observa que los teóricos del departamentalismo circunscriben sus discusiones en el ámbito de la división o separación de poderes más que en el constitucionalismo popular.

¹³⁰⁴ Evidentemente que las cosas se complican si tenemos en cuenta esas otras variables introducidas al departamentalismo: por una parte, si atendemos a la forma de gobierno presidencial y los problemas que plantea un gobierno dividido (sin mayorías en los órganos legislativos). Gestionar distintos niveles de gobierno resulta no menos problemático. Hablar de departamentalismo aquí es sumamente complicado, es decir, un modelo en el que los Estados sean intérpretes finales de la Constitución no sólo frente a otros Estados sino frente a la federación misma. La historia constitucional norteamericana ha mostrado que ello es poco viable (véase: GANT, Scott E., “Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution”, cit., aquí pág. 383). No por nada, a este ‘departamentalismo confederacional’, se le llama *nullifier departmentalism*, evocando al *Nullifier Party* que propugnaba que los Estados podían dejar sin efectos las leyes federales al interior de sus fronteras. De esto último, podrían derivarse argumentos en defensa de la *Judicial Review*; esto sí, en el marco de los sistemas federales. Véase también: TYLER, David W., “Clarifying Departmentalism: How the Framers’ Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy”, *William & Mary Law Review*, vol. 50, 2009, 2215-2264, aquí pág. 2231 y ss., donde se señala que el impulso a la *Judicial Review* en el plano nacional o federal, devino precisamente con la aparición de los *nullifiers*.

¹³⁰⁵ La supremacía del Poder Ejecutivo ha sido reivindicada con menor fuerza en la historia constitucional estadounidense. Lo que suele reconocerse, más bien, es el reclamo de igualdad dignidad interpretativa. El caso a menudo traído a colación es el de Thomas Jefferson. Véanse: MURPHY, Walter E., “Who Shall Interpret?”, cit., pág. 411-412; sobre el veto presidencial y su importancia como contrapeso a la judicial review, véase: TYLER, David W., “Clarifying Departmentalism”, cit., aquí pág. 2236 y ss.

¹³⁰⁶ Esta es la tesis defendida por D. Pozen: que en el constitucionalismo norteamericano ya funcionan “vehículos” o “mecanismos” que sirven a los propósitos del constitucionalismo popular. Entre ellos destacadamente se encuentra la designación de los *Justices* del Tribunal Supremo. Cf. POZEN, David E., “Judicial Elections as Popular Constitutionalism”, cit. pp. 2067 y ss.

¹³⁰⁷ POST, Robert & SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, cit., aquí pág.

modo más básico cuando se hayan asignado competencias cuyo ejercicio precise la mediación o la colaboración de otra rama del gobierno, lo que implica ya algún tipo de control recíproco.

Después de todo este rodeo, ya puede apreciarse claramente por qué para algunos constitucionalistas populares son irreconciliables supremacía judicial y departamentalismo. Las razones principales esgrimidas son dos: la primera, porque, si bien los jueces no tienen la *única* palabra sí tienen reconocida, en muchas ocasiones la palabra con carácter autoritativo final sobre el significado constitucional. No existe otra autoridad más allá de la Corte para dirimir esas cuestiones (¿quién vigila al vigilante?). Quizá por ello las palabras del Juez Jackson: «no tenemos la palabra final porque somos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la palabra final»¹³⁰⁸. La segunda, y que les resulta más criticable, es que las interpretaciones de los jueces vinculen a los demás poderes. Esto se ve agravado en aquellos casos donde la única vía para contestar dichas interpretaciones de los jueces pase por una eventual reforma constitucional, misma que suele requerir mayorías muy cualificadas. Advértase, en todo caso, que en el hipotético caso de que se haya activado el mecanismo de reforma y superadas las mayorías requeridas, se haría necesario, probablemente, sortear *otro* juicio sobre su constitucionalidad. Esto último parece darles *de facto* la última palabra. De hecho, en los diseños de constitucionalismo fuerte, este es el esquema parece repetirse con mayor frecuencia y que con tanto ahínco se crítica.

Al hilo de todo lo anterior, los críticos suelen decir que la supremacía judicial provoca una profunda distorsión en la auto-comprensión de los jueces, inoculándoles una imagen exagerada de sí mismos y de su labor. Una imagen que resulta peligrosa tanto para la democracia como para la división de poderes. Las palabras del Juez Jackson bien pueden ilustrar y servir de apoyo a este argumento¹³⁰⁹. Además, cuando

¹³⁰⁸ Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540 (1953). Tomo la referencia de: WHITTINGTON, Kenneth E., *Political Foundations of Judicial Supremacy*, cit., aquí pág. 7

¹³⁰⁹ Una reciente afirmación del Tribunal Constitucional español en el marco de la sentencia sobre el Estatuto de Cataluña también puede ejemplificar dicha percepción: “En su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales”. Aquí no sólo que el Tribunal tenga institucionalmente la última palabra, en el marco del sistema jurídico español sino que interpreta a su vez que ella le da autoridad para cerrar los debates constitucionales, lo que evidentemente es muy censurable. Cito por la versión disponible en: <http://www.tribunalcons->

se va afirmando esta dinámica, es decir, cuando en toda su crudeza los jueces se conciben a sí mismos como los “guardianes de la verdad Constitucional”, se deviene en una pendiente que suele culminar con una concepción fortísima del control judicial de la constitucionalidad de la ley. Se puede terminar, así mismo, en una cultura constitucional «juricéntrica»¹³¹⁰. Es decir, en un tipo de cultura donde la participación política y ciudadana brilla por su ausencia; donde la práctica constitucional en su totalidad termina por asimilarse al Derecho constitucional alentando una suerte de «positivismo cínico». Dicho positivismo, estimo, puede entenderse como una forma de aproximación a la Constitución, al Derecho, que niegue por completo sus dimensiones políticas¹³¹¹.

Es a la luz de esas consideraciones que comienza a difuminarse el carácter descriptivo y prescriptivo: se pasa, sin mayores explicaciones, de la pregunta quién interpreta a la de quién debería interpretar la Constitución y con qué carácter. Y no es para menos. No lo es, por supuesto, si tenemos una sensibilidad por mínima que sea hacia la importancia de la idea de autogobierno. Los constitucionalistas populares estiman que debe abonarse el departamentalismo en alguna de sus formulaciones en lugar de la supremacía judicial. Para ello, esbozan un diseño institucional en el que el Poder Judicial no tenga –y dificulte también que se arroguen para sí– competencia exclusiva y excluyente de interpretar de la Constitución. Y sobre todo que en la tarea de asignar significado cuente con la participación o sea moldeada por las tres ramas del gobierno (y las entidades territoriales). A mi juicio, lo que se haría necesario en todo caso, es prescindir del segundo pilar sobre el que descansa la supremacía judicial; prescindir del carácter autoritativo final de sus decisiones. Con sus eventuales problemáticas, esta sería, pienso, una forma de departamentalismo.

¿Qué beneficios alegan los constitucionalistas populares respecto a ese diseño institucional propuesto? Las virtudes que alegan quienes la defienden son varias y con

titucional.es/es/resolucionesrecientes/Documents/SENTENCIA_RI_8045-2006.pdf [última consulta 10/10/2012] (el párrafo corresponde a la página 542)

¹³¹⁰ POST, Robert & SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, cit., aquí pág. 1029.

¹³¹¹ Tomo la expresión de: GANT, Scott E., “Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution”, cit., pp. para quien este tipo de positivismo se destacará por resaltar que los jueces constitucionales no hacen sino decir ‘lo que la Constitución es’ sin ningún tipo de implicaciones políticas. O para decirlo de otra manera, no habría “brecha interpretativa” alguna al momento de interpretar la Constitución. Véase: GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit., aquí pp. 59 y ss.

distintos énfasis. Algunos destacan su pertinencia en la medida que posibilite un diálogo en pie de igualdad entre los distintos poderes públicos. Otros destacan un eventual aumento de la calidad de la interpretación constitucional al cuestionar la «arrogante insularidad» que la supremacía judicial imprime a los tribunales; y, en virtud de ello, una disminución de los ataques políticos provenientes de los otros poderes (en el caso de Estados Unidos, tanto del Presidente como del Legislativo). También se aduce que el departamentalismo generaría una profundización en la sensibilización pública y educación cívica, tanto a los ciudadanos como a sus representantes políticos, toda vez que tanto unos como otros se verían abocados directamente a la compleja labor de interpretar o asignar significado a la Constitución¹³¹².

En *The People Themselves* se abogaba por un sistema basado en el modelo departamentalista o coordinado con la finalidad básica de los jueces «no se salgan con la suya»¹³¹³, en un sistema de gobierno que se dice republicano. En un modelo de tales características, nos dice Kramer, la autoridad de las decisiones judiciales depende formal y explícitamente de las reacciones de los otros poderes y, a través de ellos, del público. La clave, pues, está en remover la supremacía judicial. Con ello se produciría un cambio profundo en la conducta de los jueces sin que redundara en complicaciones mayores. Las palabras del autor citado anteriormente rebozan de confianza en este punto:

«la remoción de este peso –escribe– no traerá aparejada mayor conflictividad. De hecho, la gran ironía de dejar en claro que podemos y debemos sancionar a una Corte que se extralimita es que luego no será necesario hacerlo prácticamente nunca más. En lugar de más o constante conflicto, veremos en cambio emerger un equilibrio diferente, una Corte aversa al riesgo y potencialmente vulnerable

¹³¹² Cf. GANT, Scott E., “Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution”, cit., pp. 404 y ss.

¹³¹³ Decía Kramer al cerrar su *The Supreme Court Foreword* de 2001: “¿Qué clase de república quita su constitución del proceso de auto-gobierno? No ciertamente la que nuestros padres fundadores nos heredaron. ¿Es acaso lo que nosotros preferimos? La elección, después de todo, es nuestra. El Tribunal Supremo se ha extralimitado en sus funciones. ¿Dejaremos que esa extralimitación quede impune? KRAMER, Larry D., “We The People”, cit., pág. 169.

ajustará su comportamiento a una mayor sensibilidad hacia el liderazgo político en los otros poderes»¹³¹⁴.

2.2 CRÍTICA AL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Como no podría ser de otra forma, las críticas a estas propuestas no se han hecho esperar. El espectro de críticos va desde constitucionalistas liberales o progresistas hasta defensores de aproximaciones pragmatistas al Derecho. En el primero caso estarían E. Chemerinsky o L. Tribe. En el segundo, un autor como R. Posner –por poner algunos ejemplos–. Con todo, me parece que el recibimiento que ha tenido oscila en dos extremos. Por una parte, hay quienes lo ven como una propuesta sumamente peligrosa. Si su simpatía mostrada por los movimientos sociales en un sentido amplio puede levantar ya algunas suspicacias, su abierta defensa de la protesta como vía legítima para reclamar e impugnar el significado de la Constitución corre el peligro de verse como una suerte de incitación a la violencia. Por otra parte, su tesis central también se ve carente de interés por inviable. Es decir, la idea de que *el pueblo mismo* pueda ser el intérprete último de la Constitución, tomada en su literalidad, sería imposible de llevar a la práctica¹³¹⁵. Aquí, por el contrario, aparece como inofensiva por lo que de irrealizable tiene. Comenzaré por esta última.

R. Posner formula una crítica en este último sentido, no sin una buena dosis de sarcasmo¹³¹⁶. Cuestiona su idea central, según la cual la gente común tiene competencia para decidir con carácter autoritativo las cuestiones sometidas a su juicio. Su argumento comienza recordando que un sistema económico de mercado sólo florece en un marco de reglas claras y estables; de procedimientos administrados

¹³¹⁴ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 307.

¹³¹⁵ Una primera duda que los constitucionalistas populares tendrían que hacer frente es su propio concepto de “pueblo”. Entiendo que aquí hay algo que deberían clarificar, porque su alusión básica tiende a señalar que es éste quien, en todo caso, mantiene la “autoridad final” sobre todo aquello que tenga que ver con el modelo de convivencia.

¹³¹⁶ POSNER, Richard, “The People’s Court”, Larry D. Kramer ‘The People Themselves’ Book Review”, *The New Republic*, 10 de Julio de 2004, pág. 32. Cito por la versión disponible en: <http://www.new-republic.com/article/the-peoples-court> [última consulta 03/12/2013]. La reseña de Posner comienza con otra lectura histórica del constitucionalismo estadounidense, para posteriormente pasar a la crítica que me refiero y que es la que resulta, a nuestros efectos, más importante. Véase también GARGARELLA, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, cit. Una respuesta de Kramer a Posner puede verse en el siguiente trabajo: KRAMER, Larry D., “Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint”, *California Law Review*, núm. vol. 100, 2012, pp. 621-634.

razonablemente por un cuerpo imparcial de profesionales. Este sería el caso estadounidense, como nación que se modernizó durante el siglo XIX, donde se llegó a estimar que «la Constitución es Derecho en sentido propio». En ese panorama, dice Posner, «era natural que con el tiempo se considerase dominio exclusivo del poder judicial». Ahora bien, esto es, precisamente, lo que se impugna por los críticos¹³¹⁷. Si concedemos a su argumentación, e intentamos ‘volver’ al constitucionalismo popular, tal y como se nos propone, la cuestión que sigue en pie es ¿cómo hacerlo? Es decir ¿cómo podría constituirse en autoridad final al pueblo mismo para poner a su consideración los conflictos constitucionales? Escribe Posner:

No hay ninguna ciudad capaz de albergar una reunión para que 200 millones de norteamericanos mayores de edad puedan deliberar y votar. Incluso existiendo, no sería realista suponer que su voto se base en un juicio formado sobre el Derecho constitucional. Se basaría en su visceral aprobación o desaprobación de la decisión jurisdiccional que fuese recurrida ante ellos como máxima instancia constitucional. En la práctica el Constitucionalismo popular –nos dice– sería ‘populismo *tout court*’¹³¹⁸.

El constitucionalista L. H. Tribe¹³¹⁹ también advierte cierto peligro en esta propuesta, a la que encuentra obsesionada en revertir la idea de que se hace bien dejando la interpretación de la Constitución en manos de un órgano especializado. Sobre todo, encuentra desconcertante la idea de que las decisiones de la Corte no pueden ser en sentido alguno definitivas sino que, por el contrario, deberían estar siempre en la discusión nacional. Prestas no sólo para ser criticadas sino incluso para ser revocadas por el pueblo¹³²⁰. En la narración que Kramer ofrece, o como dice Tribe

¹³¹⁷ Hay un pasaje explícito de Kramer: “La mayoría de quienes apoyan la supremacía de la Corte en el derecho constitucional de hoy lo hacen sin pensar demasiado en ello, basándose en la presunción de que la supremacía judicial se sigue con naturalidad del estatus de la Constitución como Derecho, o en una creencia de que esta supremacía fue originalmente concebida o definida de forma temprana: ambas afirmaciones han sido contradichas en los ocho capítulos anteriores”. Véase: KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pág. 287.

¹³¹⁸ POSNER, Richard, “The People’s Court”, cit.

¹³¹⁹ Cf. TRIBE, Laurence H., “The People Themselves”, *The New York Times Review of Books*, 24 de noviembre de 2004. Cito por la versión disponible en: http://www.nytimes.com/2004/10/24/books/review/24TRIBEL.html?pagewanted=print&position=&_r= [última visita: 23/03/13] el núm. de página indica el paginado de la impresión de esta versión electrónica.

¹³²⁰ TRIBE, Laurence H., “The People Themselves”, cit., pág. 2

«en su edén», así es como habría sido siempre. La actual supremacía judicial no es sino un periodo de «exilio de su paraíso». Pero el cuadro que pinta aquel es, para Tribe, no sólo engañoso sino también carente de perspectiva¹³²¹. Sólo desde una visión desenfocada, en la que se colapse el tiempo y los años en un único punto podría arrojar esa visión idílica en la que “el pueblo mismo” decide qué forma parte de su historia constitucional –por encima de los tribunales, se entiende– o respecto de lo que, por el contrario, habría que desprenderse. Para Tribe esto no es más que un «mito». La idea de «*el pueblo mismo* diciéndole a los jueces que ‘hay alguien con mayor autoridad fuera las Cortes’ con el poder de revertir sus decisiones», a decir de Tribe, nunca ha funcionado como una medida rápida o eficaz tal y como Kramer pretende hacérmolos creer.

Para L. Tribe, como para R. Posner, el constitucionalismo popular es poco menos que retórica puesto que su tesis principal no se sostiene. Además, para Tribe no es cierto que el pueblo haya perdido su facultad o capacidad de definir en última instancia y con carácter vinculante el significado de la Constitución porque, contra el relato de Kramer, nunca la tuvo. Y sin embargo Tribe no deja de advertir cierto peligro en su apuesta. Dicho peligro radica en que la misma podría dar como resultado un Derecho constitucional en el que se elimine la Constitución misma –ésta es una crítica que a menudo se formula¹³²². Ninguna sociedad que se haya ‘atado constitucionalmente’, señala Tribe, es tan ingenua como para creer que ‘la tiranía de la mayoría’ es sólo un eslogan. Y concluye su escrito señalando:

«al sucumbir al canto de las sirenas de moda de aquellos cuyos sentimientos constitucionales fugaces hicieron que algunas facciones tuvieran la corte bajo su control, L. Kramer se arriesga a jugar al Flautista de Hamelin con un universo potencialmente grande de lectores y estudiantes. Al hacerlo, por desgracia, pierde de vista el significado del gran recordatorio del Juez Marshall: ‘es de una Constitución de lo que hablamos’»¹³²³.

¹³²¹ TRIBE, Laurence H., “The People Themselves”, cit., pág. 3 y ss.

¹³²² Véase: ALEXANDER, Larry y SOLUM, Lawrence, “Popular Constitutionalism?”, cit., pág. 1620

¹³²³ TRIBE, Laurence H., “The People Themselves”, cit., aquí, pp. 6-7.

Por último, me gustaría detenerme en la articulada crítica de E. Chemerinsky, quien en *The Perils of Popular Constitutionalism*. En el núcleo de su argumento está la afirmación de que el camino propuesto por esta corriente, en contra de lo que se pudiera creerse, «es una estrategia equivocada para los progresistas»¹³²⁴. Para este autor, «la suposición de que los derechos y libertades se protegerán tan bien mediante el proceso político como mediante los tribunales no tiene ningún fundamento en la historia constitucional estadounidense o en la cultura contemporánea»¹³²⁵. Pero vayamos por partes. A fin de poder apreciar la defensa que hace de la *Judicial Review*, es preciso analizar qué defectos encuentra en el constitucionalismo popular. Fundamentalmente, hace dos órdenes de consideraciones. Por una parte, sostiene que sus valedores «caen en la falacia de la composición»¹³²⁶. De tal forma que:

- a) sobrevaloran el grado de cumplimiento de las normas constitucionales por las otras ramas del gobierno: el constitucionalismo popular maneja una visión bondadosa de la «fidelidad constitucional», lo que es cuestionable; sobre todo si se tiene presente también el nivel estatal y no sólo el federal;
- b) no reconocen el papel y funcionamiento de tribunales inferiores en el control constitucional: al centrar su atención exclusivamente a las decisiones del Tribunal Supremo, el constitucionalismo popular no repara en la labor de control realizado por tribunales inferiores y por el cual se invalidan las violaciones cometidas por las administraciones públicas y sus funcionarios a la Constitución;
- c) desatienden el control de constitucionalidad sobre funcionarios electos y no electos: el constitucionalismo popular en sus versiones más fuertes defienden la supresión de cualquier tipo de control constitucionalidad hacia los actos de funcionarios electos. Sin embargo, al hacerlo –para Chemerinsky– erosionan también la función de control que sobre funcionarios ‘no electos’ se realiza;
- d) muestran una fe injustificada en que las ramas electas del poder protegen las libertades: el constitucionalismo popular se basa en la «creencia romántica» de que la gente promoverá el progreso de los valores constitucionales. Para Chemerinsky, en cambio, «si no hay control de la constitucionalidad ni supremacía judicial, entonces

¹³²⁴ CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., aquí pág. 67.

¹³²⁵ CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., aquí pág. 96.

¹³²⁶ Cf. CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., pp. 73 y ss.

los controles a la persecución de las minorías se reducen enormemente, si es que no se suprimen totalmente»;

- e) finalmente, los defensores del constitucionalismo popular exageran las fallas del Tribunal Supremo. Esta última afirmación de los populares está vinculada a una cuestión más general: determinar en qué sentido los fallos del Tribunal sirven o contribuyen al cambio social.

El segundo orden de consideraciones formuladas por este autor tienen que ver con esta última cuestión¹³²⁷. Con las precauciones que amerita toda referencia a «causas», Chemerinsky sostiene que al preguntarnos sobre la capacidad de las decisiones judiciales para producir «cambios sociales», hay que tener presente al menos dos contextos. Por un lado, cabe preguntarse sobre tal capacidad respecto a la conducta de la administración pública. Pues bien, que las decisiones judiciales puedan obrar algún cambio depende de los tipos de casos que se presenten y, muy especialmente, de los efectos jurídicos de sus decisiones: i) de si la sentencia es en sí misma un acto ejecutivo; ii) de su capacidad o no para rechazar en el futuro casos similares; iii) de si una declaración de constitucionalidad suya anima a otras administraciones públicas a actuar en sentido similar; iv) de la capacidad para castigar el desacato a sus decisiones; v) de que sus decisiones se hagan cumplir a través de la concesión de indemnizaciones a cargo de la administración; o vi) de si la decisión es de aquellas que requieran acciones sustantivas a cargo de la administración; precisando de algún tipo de supervisión a cargo de los jueces. De ahí que afirme que «tener presente esta variedad de situaciones ayuda a evaluar adecuadamente la capacidad de los tribunales de ser socialmente relevantes»¹³²⁸.

El otro contexto es si ese cambio operado en las administraciones tiene, a su vez, alguna consecuencia para la sociedad. Aquí Chemerinsky se muestra más cauto, puesto que se trata de «una averiguación mucho más difícil de hacer, ya sea sólo porque no hay criterios claros que permitan evaluar o medir el cambio social. El cambio social remite siempre a consecuencias generales importantes para una sociedad. Sin embargo, hay pocas decisiones de un tribunal que puedan tener ese

¹³²⁷ Cf. CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., pp. 87 y ss.

¹³²⁸ CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., aquí 91.

efecto»¹³²⁹. Me parece que ello no es sino un recordatorio a todos aquellos que sobrestiman la capacidad de los tribunales constitucionales para «producir cambios sociales». La idea de que estos funcionen como una suerte de «palanca» o «llave maestra» para el cambio. Incluso en aquellos casos en los que parece haber una mayor conexión causal entre una decisión judicial –como por ejemplo las celebradas decisiones sobre la desegregación escolar y el legado de *Brown v. Board of Education*– y algún cambio social positivo; incluso ahí, las cosas son mucho más complejas de lo que a primera vista parecen¹³³⁰. «El relato de la desegregación de las escuelas y la valoración de su éxito –escribe Chemerinsky– son cuestiones complejas que no se responden con un sí o un no. Se consiguió cierta desegregación de las escuelas aunque gran parte de las expectativas creadas por aquella resolución no se han cumplido»¹³³¹.

¿Cuáles son, pues, “los peligros del constitucionalismo popular”? Para Chemerinsky son dos básicamente. El primer riesgo es que el constitucionalismo popular termine por socavar a largo plazo el control de constitucionalidad de la ley. En segundo lugar, se corre el peligro de que termine por inhibir a que los jueces progresistas, es decir, que éstos «no hagan nada por hacer cumplir la Constitución con el fin de hacer progresar la libertad y la igualdad»¹³³². Su principal defecto, en definitiva, es el no reconocer que la protección de las minorías y sus derechos no se puede confiar a la mayoría. Y esto es a lo que sus planteamientos, quieranlo o no, parecen deslizarse hacia tal pendiente. Pero no se trata de señalar al legislador y confiar ciegamente en los jueces. No. Porque no hace falta ser genio para reconocer que en ocasiones los órganos legislativos protegen los derechos y libertades civiles y los tribunales a veces no lo hacen. Sin embargo, de lo que hay pocas dudas –tal y como escribe Chemerinsky–, «es que a través del tiempo los jueces son esenciales

¹³²⁹ CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., aquí 91-92.

¹³³⁰ Con todo, es importante tener presente que es dudoso que las opiniones de la Suprema Corte hayan marcado “un parte-aguas”; “un antes y un después” sobre determinadas materias. Por el contrario, las Cortes, contra lo que *prima facie* un defensor del constitucionalismo popular (o incluso ellos) pudieran pensar, no se aparta demasiado de las opciones del público en general. La referencia clásica aquí es: DAHL, Robert, “Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker”, *Journal of Public Law*, núm. 6, 1957, pp. 279-295, esp. pág. 285 y ss. Entre los constitucionalistas populares que reconocen esto de forma más abierta, se encuentra, por ejemplo: FRIEDMAN, Barry, “Las posibilidades normativas del control de constitucionalidad de las leyes, cit.

¹³³¹ CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., aquí 93.

¹³³² CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., aquí 94.

para proteger nuestros derechos más básicos; [que] los jueces con todas sus lacras son esenciales»¹³³³.

Estas últimas consideraciones de Chemerinsky me servirán para cerrar este apartado. En primer lugar, me parece que su denuncia de la «falacia de la composición» en la que dice caen los defensores del constitucionalismo popular, es también una crítica recurrente a los defensores de la *Judicial Review*¹³³⁴. También debe destacarse la llamada que hace al «progresismo» –a los académicos de izquierdas, si se prefiere–, de que su apuesta por esta vía quizá no sea la más adecuada para defender sus planteamientos. Esto puede entenderse, pienso, si tenemos presente que quienes han liderado una vuelta al departamentalismo a últimas fechas, tanto en la academia como en la práctica, pertenecen más bien a sectores neo-conservadores¹³³⁵. El Fiscal General durante la presidencia de George H. W. Bush, por ejemplo, defendía que el Presidente tiene autoridad suficiente para promover su propias interpretaciones constitucionales. Asimismo, algunos congresistas de la bancada conservadora han reclamado para sí una competencia similar para legislar basados en interpretaciones contrarias a los precedentes de la Corte Suprema¹³³⁶. Me parece que esto debería ser una seria llamada de atención. El esquema, por lo demás, parece abonar considerablemente a la confusión: ¿basta la división de poderes o se precisa alguna instancia que pueda resolver la disputas entre ellos? ¿Quién ostenta la ‘verdadera’ representación (la soberanía) popular? ¿el presidente o el parlamento? en un Estado federal ¿quién entre la federación y las entidades federativas?¹³³⁷

¹³³³ CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., aquí 96.

¹³³⁴ Cf. BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., aquí pág. 100.

¹³³⁵ Véase fundamentalmente el trabajo de: PAULSEN, Michael S., “The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What The Law Is”, *The Georgetown Law Journal*, núm. 83, 1994, pp. 217-345. En este trabajo, se desarrolla un argumento muy similar a la hecha por los constitucionalistas populares en el sentido de que el diseño de la Constitución norteamericana es departamentalista en esencia y se critica, también, la supremacía judicial así como su “fetichización”. Paulsen defiende, dicho de manera muy sintética, “que el Presidente puede ejercitar un poder de revisión jurídica sobre las determinaciones del Poder Judicial y sobre los actos del Congreso y puede negarse a darles efectos en la medida en que su autoridad constitucional esté en cuestión” (p. 343).

¹³³⁶ Véase: SHAUER, Frederik, “The Modest Constitution”, *California Law Review*, núm. 92, 2004, pp. 1045-1067, aquí pág. 1050. Véase también: JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism”, cit., aquí pág. 118-119.

¹³³⁷ Este ha sido llamado el argumento de la anarquía o de los límites: ¿qué sucede si entre las distintas ramas del gobierno o los distintos niveles (sub-unidades territoriales) hay intromisiones a los ámbitos competenciales respectivamente asignados en la Constitución. Alexander y Solum lo plantean de un modo un tanto dramático: “sin un mecanismo para resolver las disputas sobre los casos limítrofes de las

Pero lo anterior no es, a mi juicio, el principal problema que presenta el constitucionalismo popular. Su visión del constitucionalismo y sobre todo de la democracia es una visión “no -refinada”, además de pasar por alto un principio básico del propio Estado de Derecho: que nadie puede ser juez en su propia causa. Surge entonces la siguiente duda: ¿una visión más refinada de la democracia podría llevarnos a superar la necesidad, teniendo en cuenta el anterior principio, del control de constitucionalidad de las leyes? En lo que sigue me ocupo de ello.

2.3 ¿Y SI LA MAYORÍA NO SE EQUIVOCA? DEMOCRACIA Y PROBLEMAS DE DECISIÓN COLECTIVA

En esta parte voy a hacer una pequeña incursión a los problemas de decisión colectiva. Como he señalado, el constitucionalismo débil se toma más en serio la idea de democracia como una práctica valiosa en sí misma, en tanto materializa principios tales como la igualdad política y el auto-gobierno. Ahora bien, aquí no me centraré en este tipo específico de justificaciones sustantivas sino más bien en las de carácter instrumental. Entre ellas, una de las más sugerentes, porque permitiría sortear la crítica del mayoritarismo al eliminar la posibilidad misma de que las mayorías «se equivoquen», es la que defiende que la democracia, en tanto método de toma de decisiones colectivas, es *el* método para obtener respuestas correctas. En lo que sigue me referiré a un punto que todo defensor de la democracia debería saber a propósito de la posibilidad misma de alcanzar algo así como un punto de vista imparcial, una suerte de «voluntad general», soluciones «correctas», etc. Espero que al final de dicho rodeo, pueda verse la importancia del mismo para el diseño institucional de constitucionalismo débil.

Como es de sobra conocido, esto último tiene que ver con un desarrollo en la teoría de la democracia y que consiste en otorgarle un valor epistémico. Que la democracia tenga valor epistémico no quiere decir otra cosa sino que la misma, en

competencias podría socavar persistentemente la capacidad misma de la Constitución para resolver las disputas de forma pacífica, de brindar estabilidad y de proporcionar previsibilidad. Peor aún, tales conflictos pueden degenerar en luchas por el poder desnudo, invocando el fantasma hobbesiano del caos social”. Véase: ALEXANDER, Larry y SOLUM, Lawrence, “Popular Constitutionalism?”, cit., aquí pág. 1160-1161.

tanto método de toma de decisiones colectivas, nos allana el camino o nos permite obtener decisiones «correctas». En otras ocasiones, incluso, se dice que se trata del método por antonomasia para conocer la «verdad moral»¹³³⁸. Ahora bien, téngase presente que una cosa es decir que la democracia es un método que en ‘general’, ‘tendencialmente’, nos proporciona respuestas que, aunque revisables, estimamos correctas a decir que ‘realmente’ nos brinda (alcanza, logra, reconoce) *la* respuesta correcta. En el primero de los casos parece no haber mayores inconvenientes. Que así se estime no implica creer que existe la respuesta correcta y seguimos, no obstante, apreciando aristas de su valor tanto intrínseco como instrumental¹³³⁹. En el segundo de los casos no es así. Y no lo es porque la postura descansa forzosamente en la existencia ontológica de aquellas y, fundamentalmente, en que la democracia (en condiciones ideales o no) es el método para descubrirlas. Ello supone un problema de primer orden en materia epistemológica cuanto una carga demasiado alta para a la democracia.

Comenzaré por una de las propuestas más utilizadas con la finalidad de afirmar la anterior pretensión. Uno de los antecedentes más importantes de la versión epistémica de la democracia puede retrotraerse al famoso “Teorema del Jurado de Condorcet”. La idea básica en la que descansa es que para la toma de decisiones

¹³³⁸ Como señalan Godin y List: “The hallmark of the epistemic approach, in all its forms, is its fundamental premise that there exist some procedure-independent fact of the matter as to what the best or righth outcome is. A pure epistemic approach tell us that our social decision rules outh be chosen so as to track that fact”. Véase: LIST, Christinan y GOODIN, Robert E., “Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem”, *The Journal of Political Philosophy*, v. 9, núm. 3, 2001, pp. 277-306, aquí pág. 280.

¹³³⁹ Como señala I. Sánchez Cuenca, la regla de decisión por mayorías es intrínsecamente igualitaria, sí; pero también tiene otras propiedades que la hacen única. Siguiendo a Kenneth O. May, nos dice que la regla de la mayoría satisface a la vez cuatro propiedades siguientes: (i) es decisiva, (ii) es monótona, (iii) neutral, y (iv) anónima. (Cf. *Más democracia menos liberalismo*, cit., aquí pág. 34). Ahora bien, que una regla sea (i) decisiva significa que siempre puede aplicarse, esto es, sean cuales fueren las preferencias de los ciudadanos, la regla produce una decisión única. Una regla es (ii) monótona si si es sensible al cambio en las preferencias a favor de una de las alternativas, es decir, si cuando una persona pasa a preferir la alternativa *y* a la alternativa *x* y todos los demás mantienen sus preferencias constantes, la regla no favorece la opción *y* como consecuencia de ese cambio. La propiedad (iii) de neutralidad establece que la regla no favorece a ninguna de las opciones entre las que hay que elegir. Reglas como la mayoría cualificada privilegian una opción (la que representa el *statu quo*) frente a otra. Por último (iv) la propiedad de anonimidad recoge el principio de que tan sólo importa el número de apoyos que tiene cada alternativa, al margen de la identidad del votante. (Cf. *Más democracia menos liberalismo*, cit., aquí pág. 35-6). De las cuatro propiedades señaladas por May –prosigue Sánchez Cuenca– las dos primeras se refieren a la eficacia de la regla y las dos segundas a su carácter igualitario. Es decir, las primeras tienen que ver con su carácter instrumental y las segundas con su carácter sustantivo.

colectivas, los ‘grupos’ o la sociedad, como un todo, estaría mejor informada que cada persona individualmente considerada. Esto es, los grupos, la sociedad, está en mejores condiciones epistémicas tanto de conocer como de elegir correctamente, entre alternativas disponibles, el curso de acción o la decisión que habría que tomar. Ello sería así, de entrada, cuando las opciones puestas a su consideración se reduzcan a dos –esto es, mientras opere una lógica binaria. El ejemplo clásico precisamente es el de un jurado que se enfrenta a la cuestión, al dilema, de decidir si un acusado es inocente o culpable. El teorema afirma lo siguiente:

«si es probable que cada miembro esté más cerca de tomar la decisión correcta que de errar, entonces es más probable que la mayoría del jurado, también, esté más próxima a tomar la decisión correcta; y la probabilidad de que se alcance la decisión correcta por parte de la mayoría del jurado es una función que se incrementa (rápidamente) cada vez que el tamaño del jurado aumenta, convergiendo a 1 cuando el tamaño del jurado tiende al infinito»¹³⁴⁰.

Esto es, según el teorema, si cada persona:

«tiene una probabilidad de elegir la alternativa correcta superior a 0,5 [por ínfima que sea], la probabilidad de que la opinión mayoritaria sea verdadera es cercana a uno. Cuanto mayor sea el grupo que toma la decisión, más probable es que el resultado sea el correcto. Si, por el contrario, la probabilidad individual de acertar es menor de 0,5, entonces es prácticamente seguro que la sociedad, al elegir por mayoría, acabará adoptando la alternativa incorrecta. El teorema por tanto establece que es más fácil llegar a la verdad de manera colectiva que individualmente. La agregación de juicios personales entre gente que esté razonablemente bien informada y que por tanto tenga una probabilidad de acertar tan sólo un poco superior al azar conduce al resultado correcto. La suma de las opiniones, de este modo, nos aproxima a la verdad»¹³⁴¹.

Ahora bien, el teorema precisa del cumplimiento de, al menos, cuatro requisitos: i) sinceridad, ii) independencia, iii) carácter binario de la elección y iv) competencia

¹³⁴⁰ LIST, Christinan y GOODIN, Robert E., “Epistemic Democracy”, cit., aquí pág. 283.

¹³⁴¹ SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio, *Más democracia, menos liberalismo*, cit., aquí pág. 22-23.

epistémica de los votantes superior a 0,5. Antes que nada, debe decirse que el teorema del Jurado de Condorcet es técnica o matemáticamente correcto lo que no significa, evidentemente, que no tenga que hacer frente a varios órdenes de problemas¹³⁴². Un primer problema al que se enfrenta es el escollo consistente en el hecho de que la agenda –lo que se somete a votación– viene dada de antemano o configurada. Si esto es así, como suele serlo, cabe preguntarse por la propia corrección de las respuestas sometidas a votación ya que de ellas depende la corrección del resultado. ¿Qué sucede si la respuesta entre las sometidas a votación no sólo no es la correcta sino claramente incorrecta? Esto es: «una agenda mal formada (en el sentido de que no contenga entre las opciones sometidas a voto la decisión correcta) lastra inexorablemente las hipotéticas capacidades epistémicas que pudiera tener la democracia como mecanismo de agregación por mucho que pudieran estar satisfechas si es que lo están las cuatro condiciones expresamente debatidas en los análisis habituales del teorema»¹³⁴³.

Por otra parte, adviértase que las preguntas complejas, las que requieren deliberación práctica casi nunca presentan alternativas o soluciones de binarias. Pero en cualquier caso, debe decirse que el requisito del carácter binario de la elección, con todo, no es tan importante. El teorema se puede aplicar si hay más de dos opciones¹³⁴⁴, por lo que esa objeción sería superable. Pero hay más problemas a los que hay que hacer frente. Uno que no puede soslayarse es este: ¿podría esta versión de la democracia epistémica, en la medida en enfatiza la búsqueda de respuestas correctas, terminar en su contrario; es decir, terminar en una suerte de elitismo epistemológico? Dicho de otra manera: si lo que importa es la corrección del resultado ¿por qué no dejamos que «voten» o «elijan» los más sabios? Parece claro que el precio a pagar en términos de su justificación intrínseca o sustantiva es a todas luces excesivo e indeseable. Además, y centrándonos en su aspecto central, no hay nada en el teorema que nos repela de entrada o que nos parezca contra-intuitivo: pedir apenas que los individuos tengan una competencia epistémica por encima de elegir lanzando una

¹³⁴² Véase: SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio, *Más democracia, menos liberalismo*, cit., aquí pág. 24 y ss.

¹³⁴³ BAYÓN, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?”, cit., aquí pág. 203

¹³⁴⁴ Tal como R. Goodin ha demostrado. Véase: SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio, *Más democracia, menos liberalismo*, cit., pág. 24.

moneda al aire no parece ser un requisito exigente. Sin embargo, y según la literatura de la elección racional, dar por hecho que las personas tienen dicha competencia epistémica superior al 0,5 es no sólo dudoso sino muy poco factible¹³⁴⁵. Parece pues que la pretensión epistémica del teorema no se sostiene.

Por lo demás, no quisiera concluir esta incursión sin hacer referencia a los «problemas de agregación de preferencias» estudiados por la moderna teoría de la elección social. Como se sabe, la teoría de la elección social se ocupa de la cuestión de cómo agregar las preferencias de los individuos en las decisiones colectivas. De ahí que cualquiera que tome en serio la misma posibilidad de *la* «voluntad colectiva» o «popular» debería tener en cuenta a dicha disciplina. Lo que básicamente nos han mostrado tales estudios es que los resultados de agregar de preferencias son arbitrarios o que dependiendo de la regla que se utilice los resultados pueden variar. Ello supone un serio cuestionamiento para aquellas visiones fuertes de democracia: el hecho de que no haya un mecanismo o método fiable para agregar las preferencias de los individuos puede llevar a que entre éstas últimas y las decisiones colectivas que se tomen no exista conexión alguna. A esto es a lo que sumariamente nos referimos con los problemas de agregación de preferencias. Ejemplos paradigmáticos del mismo son la famosa paradoja de Condorcet o el teorema de la imposibilidad de Arrow.

En el primero de los casos, la paradoja muestra que aunque las personas pertenecientes a un grupo tengan preferencias racionales (esto es, ‘transitivas’ y ‘completas’), éstas no necesariamente se transplantan hacia la colectividad y es – dependiendo del número de miembros del grupo y del número de las opciones a elegir que se tengan– relativamente probable que se presenten situaciones de inestabilidad en la decisión adoptada. O lo que es lo mismo: que con las mismas preferencias se

¹³⁴⁵ Que tiene que ver nuevamente con los problemas que en la literatura de la elección social suelen llamarse los problemas del votante medio. Se trata, de una literatura, como nos recuerda Bayón: “de raigambre schumpeteriana que insiste en la ignorancia e incompetencia del votante medio. Pero no se trata sólo de que esa pueda ser una descripción acertada de la situación en las circunstancias *actuales*. Lo más interesante, me parece, es la idea de que hay una razón de peso para suponer que algo parecido habría de ocurrir en cualquier mundo posible *verosíblemente realizable* y con un grado de complejidad social similar al nuestro: a saber, que se trata de una ignorancia *racional*, porque para el votante medio la utilidad esperada de reunir la información más completa posible sobre los asuntos que son objeto de decisión política, a la vista del coste que entrañaría reunirla, es negativa”. Véase: BAYÓN, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?, cit., aquí pág. 213.

pueden llegar a decisiones distintas¹³⁴⁶. El teorema de la imposibilidad de Arrow va a generalizar esta paradoja. Dicho de modo sintético: sostiene que ningún sistema de votación que se precie de ser racional (justo) e igualitario (democrático) puede sortear los problemas anteriores. En *Social Choice and Individual Values*, Arrow señaló un conjunto de requisitos mínimos que debiera cumplir cualquier método de agregación de preferencias¹³⁴⁷. No me detendré en el famoso teorema¹³⁴⁸. Me basta con señalar que en él vino a demostrar, precisamente, la imposibilidad de exista una norma tal de decisión que cumpla con ellos. Y si se cumplen: o es incoherente o es dictatorial. A mi juicio esto es fundamental pues significa, simple y llanamente, que la idea misma de una “voluntad general” en sentido romántico no puede sostenerse¹³⁴⁹.

2.4 OTRA VUELTA DE TUERCA: LA VERSIÓN EPISTÉMICA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

La democracia deliberativa, como explica con meridiana claridad J. Cohen, tiene su raíz «en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación se realiza entre ciudadanos libres e

¹³⁴⁶ En términos sumamente sencillos: la “Paradoja de Condorcet” se da cuando en grupo cualquiera, por ejemplo integrado por A, B, C, debe de elegir mediante la regla de la mayoría de entre tres alternativas posibles, (*i*, *ii*, *iii*). Una mayoría, A y B, prefieren *i* sobre *ii*, pero otra mayoría A y C prefieren *ii* sobre *iii*; el detalle de ruptura se encuentra cuando la preferencia de B y C se decanta por *iii* sobre *i*, con lo cual se rompe o quiebra el principio de transitividad de la elección racional individual en el plano colectivo.

¹³⁴⁷ ARROW, Kenneth J. *Social Choice and Individual Values*, New Haven, Yale University Press, 1963. Los requisitos mínimos a los que hace referencia Arrow son los siguientes: a) Racionalidad colectiva; b) Situación óptima o principio de pareto; c) Independencia de las alternativas irrelevantes; d) La inexistencia de dictadura.

¹³⁴⁸ Una presentación sencilla del teorema puede verse: ARROW, Kenneth J. y RAYNAUD, Hervé, *Social Choice and Multicriterion Decision-Making*, Boston, The MIT Press, 1986 [trad. cast. M. Pascual, *Opciones sociales y toma de decisiones mediante criterios múltiples*. Ed. Alianza. Madrid, 1989, por donde se cita, pp. 26 y ss.]

¹³⁴⁹ El libro de , William H., RIKER (*Liberalism against populism: A confrontation between the theory of Democracy and the theory of social choice*, Oxford, Freeman, 1982) es uno de los libros más importantes que es han escrito contra esa pretensión; es decir, contra la pretensión de alcanzar algo así como una voluntad general en sentido rousseauiano, haciendo uso, precisamente, de los análisis de la teoría de la elección social. Sin embargo, como destaca I. Sánchez Cuenca, bien podría considerarse que Riker hace un uso ideológico de la metodología del *Social Choice* puesto que, si bien no puede negarse la insuperabilidad que presenta la agregación de preferencias para tal fin, se deja de lado que la democracia tiene muchas más vertientes. Se olvida por ejemplo, que hay otras versiones “menos metafísicas de la misma”. Además de que, tal y como aquí se ha insistido, esta crítica sirve para cuestionar su valor instrumental; pero dicho valor misma debería de ponderarse teniendo en mente también su valor intrínseco. Y aquí es prácticamente imposible negar su importancia. Véase a este respecto: SANCHEZ CUENCA, Ignacio, *Más democracia, menos liberalismo*, cit., aquí pp. 42 y ss.

iguales. En dicho orden, los ciudadanos comparten un compromiso con la resolución de problemas de elección colectiva mediante el razonamiento público, y consideran que sus instituciones básicas son legítimas en tanto que establecen el marco para la deliberación pública libre»¹³⁵⁰. En sentido similar, para J. Habermas, a quien sin duda alguna se debe gran parte de la revitalización democrática en el plano normativo, aquella «explica la fuerza generadora de la legitimidad del procedimiento democrático con la ayuda del carácter racional de la *formación de la opinión* y de la voluntad»¹³⁵¹. No puedo detenerme en los antecedentes de la rehabilitación de este modelo democrático. Baste con decir que la misma parece obedecer a la insatisfacción frente a otros modelos de democracia¹³⁵².

Lo que en cualquier caso precisamos es hacernos con una idea de la misma con la cual trabajar. En esta parte voy a seguir a J. Elster. Según el profesor noruego entre la gente que ha escrito sobre democracia deliberativa, hay una amplia convergencia en sus definiciones; por lo que, inclusive, existe «un sólido núcleo de fenómenos que se consideran como democracia deliberativa». En general, se está de acuerdo en que el concepto incluye, por un lado, «la toma de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes» –parte democrática–. Por otro lado, sostienen que «la toma de decisiones debe hacerse a través de argumentos ofrecidos *por y para* los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad» –parte deliberativa–¹³⁵³. Podríamos decir, por tanto, que esta forma de concebir la democracia es un ideal normativo vinculado a la idea de un foro público que se justifica, precisamente, por ser ese marco donde se reconoce la igual dignidad de los participantes, la necesaria inclusión de todos los posibles afectados por las decisiones

¹³⁵⁰ Véase: COHEN, Joshua, “Deliberation and Democratic Legitimacy” en: A. Hamlin y P. Pettit (eds.), *The Good Polity*, Oxford, Blackwell, 1989 [trad. cast. de M. Melero, “Deliberación y legitimidad democrática, *Democracia, deliberación y diferencia*, Cuaderno Gris n.º 9, M. Melero (ed.), Ediciones UAM, 2007, pp. 127-145, por donde se cita, aquí pp. 127].

¹³⁵¹ Cf. HABERMAS, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana”, en: F. OVEJERO, J. L. MARTÍ y R. GARGARELLA (comps.), *Nuevas ideas republicanas*. cit., aquí pág. 198. Para profundizar en ello, véase: OVEJERO, Felix, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Buenos Aires, Katz, 2008, esp. cap. I: “democracia sin ciudadanos”.

¹³⁵² Véanse: MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, prólogo de J. J. Moreso y R. Gargarella, Madrid, Marcial Pons, 2006, capítulo I.

¹³⁵³ ELSTER, Jon, “Introducción”, cit., aquí pág. 21.

se argumenta, se debate, se dan razones a favor y en contra –se delibera¹³⁵⁴– con la intención de alcanzar un punto de vista imparcial –eliminando pasiones, incoherencias, deseos o intereses provinciales, etc.–, de tal forma que se haga más factible alcanzar decisiones comprometidas con el bien público¹³⁵⁵.

Como puede apreciarse, el punto fuerte de este tipo de democracia radica en el modo en que, por así decir, «se cocinan» las decisiones¹³⁵⁶. Esto es lo que la hace más atractiva para el ideal del autogobierno que los tradicionales modelos alternativos de democracia. Dicho de modo sumario: mientras que los modelos pluralistas y de mercado toman las preferencias como dadas, la democracia deliberativa se centra en la transformación de preferencias a través de la discusión racional¹³⁵⁷. Aquí no vale –o no vale únicamente– que cada cual se presente al foro público con su conjunto de preferencias dado e inamovible sino, sobre todo, que se esté dispuesto a que dicho conjunto de preferencias pueda ser objeto de discusión y argumentación racional para eventualmente, incluso, ser sustituidos. La otra diferencia relevante a considerar es la forma en que, de entrada, se tomarían las decisiones. Mientras que la democracia deliberativa tiene en la deliberación la herramienta que, insisto, eventualmente, permitiría lograr un consenso entre los participantes; la democracia como mercado y la pluralista, respectivamente, se basan en el voto y en la negociación. En el primero de los casos –la corriente vinculada a la *Social Choice Theory*– es el voto el que tiene

¹³⁵⁴ La deliberación, como señala B. Manin, implica una forma particular de razonamiento: “deliberamos cuando admitimos que puede haber argumentos a favor, pero también en contra, de una decisión determinada. Si tal no fuera el caso, utilizaríamos nuestra capacidad de razonamiento de forma diferente. Intentaríamos demostrar que una decisión es la correcta aportando argumentos en su favor, pero no buscaríamos, ni examinaríamos, eventuales contra-argumentos”. Sin embargo, también en esta misma práctica deliberativa hay algunos problemas derivados de la presión o de heurísticos tales como el “conformismo”, o simplemente de sesgos como la “repulsa hacia opiniones adversas” o nuestra tendencia a aceptar sólo aquello que confirma nuestras creencias anteriores. Sobre estos puntos véase: MANIN, Bernard, “Délibération et discussion” *Revue suisse de science politique*, 2004, 10 (4).

¹³⁵⁵ Observe bien que se trata de un tipo especial de deliberación, pues ese ejercicio se hace con la finalidad de resolver problemas prácticos y políticos de una forma especial o cualificada: desinteresada o imparcial. En este sentido, véanse las acotaciones de: RUIZ, MIGUEL, Alfonso, “Lo no deliberable de la democracia deliberativa”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, pp. 347-356, esp. 348 y ss.

¹³⁵⁶ Un breve repaso sobre los antecedentes históricos de esta forma de democracia, puede verse en: ELSTER, Jon “Introduction”, *Íd.*, (ed.), *Deliberative democracy*, Cambridge, CUP, 1998. [trad. cast. de J. M. Lebrón, “Introducción”, en: ELSTER, Jon, *Democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 13-33, por donde se cita, aquí pág. 14 y ss.]

¹³⁵⁷ Véase: ELSTER, Jon, “The market and the forum: Three varieties of political theory”, en: J. Elster y A. Hyland (eds.), *Foundations in Social Choyce Teory*, Cambridge, CUP, 1986 [trad. cast. de M. Melero, “El mercado y el foro: tres formas de teoría política”, en: *Democracia, deliberación y diferencia*, cit., por donde se cita, aquí pp. 103-126, aquí pág. 104]

el principal rol en la toma de decisiones democráticas¹³⁵⁸. En el segundo, se trataría del proyecto democrático que pone el acento en la negociación y el compromiso mutuo, reconociendo la importancia de los grupos de interés para la defensa de sus intereses así como para la dirección y control del gobierno¹³⁵⁹. La democracia deliberativa, en cambio está basada en los principios de argumentación y publicidad. Este es su punto fuerte.

En efecto, la democracia deliberativa se entiende usualmente como un procedimiento discursivo donde los participantes no podrían alegar motivaciones egoístas dentro del foro público de discusión. Desde estos planteamientos se hace necesario algún tipo de compromiso con el bien público¹³⁶⁰. Además, y como ya he dicho, los participantes en esta práctica deberían estar dispuestas a modificar sus propias preferencias a la luz de más y mejor información; pero fundamentalmente, a la vista de que se hayan traído a la discusión mejores argumentos¹³⁶¹. En ello radificaría su virtud. Como suele decirse a menudo: una democracia que haga posible que sea *la fuerza de los mejores argumentos* la que prime. Lo anterior no excluye, por supuesto, que este modelo de democracia se justifique también en la medida en que articula de

¹³⁵⁸ Véase: ELSTER, Jon, “El mercado y el foro: tres formas de teoría política”, cit., aquí pág.

¹³⁵⁹ Véase: OVEJERO, Felix, *Libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, Barcelona, Paidós, 2002.

¹³⁶⁰ Véase: ELSTER, Jon, “La deliberación en los procesos de creación constitucional” en: , *Íd., Democracia deliberativa*, cit., aquí pág. 137-138. En todo caso, es poco factible que el elemento de la publicidad elimine por completo los comportamientos egoístas o parciales. Es lo que Elster llama la “fuerza civilizatoria de la hipocrecía”. En efecto, explica Elster, “en terminos generales, el efecto de un auditorio es reemplazar el lenguaje del interés por el de la razón, y sustituir los motivos imparciales. Antes la presencia de un público resulta especialmente difícil parecer motivado sólo por un intereses egoístas. Aunque los otros miembros de la asamblea no se escandalizaran, el auditorio lo haría. En general, esa *fuerza civilizatoria de la hipocrecía* constituye un efecto deseable de la publicidad. Ésta no elimina los motivos deshonestos, pero obliga o induce a los oradores a esconderlos”. (*Ibidem.*)

¹³⁶¹ Con todo, no deben perderse de vista los problemas de la llamada “Ley de la Polarización de Grupos”. Como ha explicado C. Sunstein, existe suficiente evidencia empírica de que, en ocasiones, la deliberación en una democracia con distintos grupos no abona al entendimiento ni mucho menos al pretendido consenso. La ley de polarización de grupos señala, precisamente, “que los miembros de los grupos se mueven previsiblemente hacia un punto más extremo en la dirección indicada por sus tendencias pre-deliberativas” (p. 56). Es decir, esto implica que alguien que defienda una posición “moderada” antes de ingresar a una discusión –dada la formación de “enclaves deliberativos”, grupos en los que las personas piensan de forma similar– es probable que termine defendiendo una posición más “extrema”. Ahora bien, ello no significa que el deliberar siempre conduzca a la polarización: como ya hemos señalado no sólo importa el hecho de la deliberación sino cómo se haga y también cuál sea la disposición de los participantes. Asimismo, la formación de enclaves tiene una faz positiva y otra negativa. La positiva es que con ellos se amplía el “conjunto de argumentos sociales”. La negativa, es que no puede decirse *en abstracto* que el movimiento de los mismos se dé en beneficio de la sociedad o en beneficio del propio grupo. El valor de la deliberación, por tanto, es contextual. Cf. SUNSTEIN, Cass R., “La ley de la polarización de grupos”, trad. de F. González Bartomeu, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 6, núm. 1, 2005, pp. 55-70.

mejor forma nuestros ideales de autonomía pública, libertad e igualdad. Esto debe tenerse presente. Lo que me interesa señalar por ahora no es sino la «maximización de su justificación instrumental» y que consiste, nuevamente, en asignarle a este tipo de democracia capacidad epistémica. Hemos llegado al punto importante que me interesa abordar en este apartado. Espero desarrollarlo adecuadamente.

Entiendo que nos encontramos ante una versión epistémica de la democracia deliberativa cuando se sostiene que la misma se justifica porque es un procedimiento fiable para alcanzar «decisiones políticas correctas»¹³⁶². Antes de analizar el núcleo del argumento e indagar si la democracia deliberativa sortea los problemas que hemos aludido sobre la viabilidad de «decisiones colectivas racionales», debe insistirse, otra vez, que la defensa epistémica de la democracia no es nueva. Suele retrotraerse hasta Aristóteles¹³⁶³. Lo que sí es innegable, y no puede dejar de destacarse, es que en los últimos tiempos la versión deliberativa de la democracia, en ocasiones con su cláusula epistémica, en ocasiones no, ha recobrado nuevos bríos. Sin embargo, para algunos de los valedores de la democracia deliberativa la misma no puede defenderse sin una cláusula epistémica. Así, por ejemplo en el libro de J. L. Martí se enfatiza: «resulta imprescindible para cualquier defensor de la democracia deliberativa. No se puede defender la democracia deliberativa sin esgrimir la justificación epistémica, y ello aunque dicha justificación sea compatible con otras justificaciones más sustantivas»¹³⁶⁴.

Es en esta parte el trabajo de Martí puede ser muy útil pues nos ofrece una presentación minuciosa y detallada en este sentido. Para él, en efecto, esta forma específica de democracia:

«está justificada, y por lo tanto las decisiones políticas tomadas mediante un procedimiento democrático deliberativo son legítimas, porque dicho

¹³⁶² En esta parte voy a basar en el trabajo *La república deliberativa* de J. L. Martí quien ha ofrecido una de las defensas más articuladas del ideal de la democracia deliberativa y que expresamente defiende esta tesis.

¹³⁶³ La cita en *La Política* (Libro II, 11.2-3): “Puede, en efecto, admitirse que la mayoría, cuyos miembros tomados separadamente no son hombres notables, está, sin embargo, por encima de los hombres superiores, si no individualmente, por lo menos en masa [...] En esta multitud, cada individuo tiene su parte de virtud y de ilustración, y todos reunidos forman, por decirlo así, un solo hombre, que tiene manos, pies, sentidos innumerables, un carácter moral y una inteligencia en proporción. Por esto la multitud juzga con exactitud”.

¹³⁶⁴ MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa.*, cit.

procedimiento posee mayor valor epistémico que otros procedimientos democráticos alternativos. Esto significa que las decisiones tomadas mediante tales procedimientos tienen una probabilidad mayor de ser correctas en general que las tomadas mediante otros procedimientos democráticos, siendo dicha corrección al menos parcialmente independiente del proceso e intersubjetivamente válida»¹³⁶⁵.

Y sostiene el argumento del carácter epistémico de aquella en dos tesis. Por un lado, en una *tesis ontológica* según la cual: «existe al menos un criterio de corrección de las decisiones políticas que debe ser al menos parcialmente independiente del proceso de toma de decisiones así como de las creencias, preferencias y deseos de los participantes en dicho proceso»¹³⁶⁶. Por otro, lado en una *tesis epistemológica* y según la cual: «es posible conocer el criterio de corrección de las decisiones políticas y, en consecuencia, identificar cuáles son las decisiones correctas. La deliberación democrática es *en general* el procedimiento *democrático* más confiable para identificar las decisiones políticas correctas»¹³⁶⁷.

J. L. Martí distingue dos versiones de la tesis epistémica de la democracia. Por una parte, una versión fuerte según la cual se sostendría que la democracia –sea deliberativa o no– posee valor epistémico por sí misma, sumando el hecho que la deliberación –sea democrática o no– también posee valor epistémico por sí misma, de modo que la democracia deliberativa sumaría o agregaría el valor epistémico de la democracia al de la deliberación¹³⁶⁸. Si bien la versión fuerte es más controvertida para este autor, de ello no se sigue que debemos negar sus eventuales virtudes (él, ni la suscribe ni la rechaza¹³⁶⁹). La versión débil de la tesis epistémica, en cambio, al no asumir compromisos fuertes con algunas tesis filosóficamente controvertidas, es una opción que fácilmente suscribiría o aceptaría cualquiera, según él. Nuevamente la clave está en los ‘efectos de la deliberación’: la democracia deliberativa facilita que los participantes en los proceso aumenten su consistencia y capacidad epistémica. De tal forma que, como señala Martí, la democracia deliberativa tendría los siguientes

¹³⁶⁵ Véase: MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa*, cit., aquí pág. 181.

¹³⁶⁶ *Ibidem*.

¹³⁶⁷ MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa*, cit., aquí pág. 182

¹³⁶⁸ Cf. MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa*, cit., aquí pág. 184.

¹³⁶⁹ Cf. MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa*, cit., aquí pág. 193

efectos epistémicos: a) permite el intercambio de información; b) permite la detección de errores fácticos y lógicos; permite el control de aspectos emocionales y el filtro de las preferencias irracionales; y d) dificulta la manipulación de la información, la agenda y las preferencias políticas¹³⁷⁰.

A decir de J. L. Martí el valor epistémico de la democracia deliberativa radica en su ventaja comparativa respecto a otros tipos de democracia: incluso aceptando que una práctica deliberativa no puede evitar por completo la presencia de comportamientos estratégicos o egoístas, lo que sí puede hacer es contribuir en una lucha contra la imparcialidad y los sesgos de juicio, y sin duda puede hacerlo mejor que el voto o la negociación¹³⁷¹. Para él, hay razones por las que la *deliberación tiene valor epistémico por sí misma*, sino que también permite superar algunos de los escollos que impedían atribuir valor epistémico a la democracia. De tal forma que, si esto es así, tal y como el sostiene, y aunque no podamos justificar la democracia deliberativa sola por su valor epistémico, sí podemos justificar su versión deliberativa. Es más, cuando la deliberación es democrática consigue atribuir valor epistémico incluso al propio aspecto democrático de la misma, contribuyendo así a la versión más fuerte de la justificación epistémica¹³⁷². Para terminar señalando: «contra lo que algunos han supuesto, todo defensor de la democracia deliberativa debe suscribir su justificación epistémica»¹³⁷³. ¿Pero es esto realmente así?

Para comprender la crítica a esta justificación epistémica debe tenerse en cuenta que la misma podría derivar de alguno de los siguientes extremos: el primero, por considerar que la democracia en sí misma produce resultados correctos. Esto sería el extremo según al cual la democracia deliberativa, en tanto democracia *sin más*, y

¹³⁷⁰ Cf. MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa.*, cit., aquí pág. 194-5.

¹³⁷¹ MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa.*, cit., aquí pág. 197. Es por lo menos llamativo que J. L. Martí diga que la deliberación en el ámbito de la toma de decisiones judiciales, donde resulta claro, o se presupone sin mayores dificultades, que existe una respuesta correcta. En este caso, se supone que cada magistrado aporta y defiende con argumentos su opinión acerca de cual es la decisión judicial ‘correcta’ para el caso, debiendo conjuntamente alcanzar el mayor número de consenso posible sobre la decisión final. Y ello sin perjuicio de que en la práctica siempre estén presentes algunos componentes de negociación y de voto puro, cosa que ya hemos admitido como inevitable. En realidad, este tipo de argumentación ofrece razones a favor del control de la constitucionalidad de las leyes. Quizá por ello, las objeciones de R. Gargarella de que con ello termina “convirtiendo la política en una Corte Suprema”, algo que para Gargarella resulta del todo inaceptable. Véase: GARGARELLA, Roberto, “La república deliberativa de José Luis Martí”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 257-266, aquí pág. 264.

¹³⁷² Cf. MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa.*, cit., aquí pág. 199.

¹³⁷³ *Ibidem.*

por las razones que ya hemos visto en el apartado anterior, no está en condiciones de superar. El segundo extremo diría que la democracia deliberativa en tanto deliberativa –es decir, en tanto mecanismo de toma de decisiones colectivas que atiende no a la “mera agregación de preferencias” sino a la formación de juicios– está en condiciones de facilitarnos, de ser el procedimiento, que nos permita alcanzar la respuesta correcta que estamos buscando. Pero esta pretensión es muy dudosa, dada la tesis ontológica que abrazada por J. L. Martí. Como suele suceder en estos casos, para conocer esa verdad objetiva más allá de las preferencias se necesita tener algo así como una vía independiente para el conocimiento de la verdad. Pero si la tenemos, entonces la utilización de cualquier método resulta superflua.

J. C. Bayón ha formulado una crítica concisa pero convincente, a mi juicio, a la pretensión epistémica de la democracia deliberativa y con ella cierro el presente apartado. Pues bien, la primera objeción a la que se enfrentan los defensores de la tesis epistémica es que «la deliberación, por sí sola, *no produce decisión alguna*; salvo en condiciones ideales, en las que se produce el consenso acerca de lo correcto»¹³⁷⁴. Esto es algo que hay que dejar bien claro aquí: cuando se insiste en que la democracia tiene esta propiedad epistémica, en su cualquiera de sus versiones, siempre y cuando se lleve a cabo *en condiciones ideales* lo que se hace es suprimir todos los obstáculos que imposibilitarían el acuerdo unánime –tanto epistémicos como temporales–¹³⁷⁵. Por definición el error está excluido. Como señala el profesor de la Autónoma de Madrid: «carece por completo de sentido decir que el resultado de procedimiento de decisión es un indicador más fiable de lo correcto que el juicio que resulta de la reflexión individual: por definición ambas cosas tienen que coincidir,

¹³⁷⁴ Véase: BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 189-228, aquí pág. 216. Un pasaje de Nino también sirve para ejemplificar esto: ‘la unanimidad –nos dice– parece ser el equivalente funcional de la imparcialidad. Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución al conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos las acepten libremente y sin coerción’. Véase: NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit., aquí pág. 166.

¹³⁷⁵ Nuevamente en palabras de C. Nino: lo que distingue el procedimiento democrático en cuanto procedimiento institucionalizado de toma de decisiones es que éstas deben tomarse en un tiempo limitado. La introducción de un límite de tiempo para finalizar la discusión y la necesidad de votar diferencian drásticamente el proceso informal de discusión (moral) de su sucedáneo institucionalizado, la democracia como regla de la mayoría. De este modo, la democracia puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo. (Véase: NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit., aquí pág. 167)

porque alcanzar el consenso significa que las reflexiones individuales de todos han llegado a converger»¹³⁷⁶. Por ello no basta defender el carácter epistémico de la democracia deliberativa en condiciones ideales. No. Se hace necesario mostrar que el mecanismo tiene esa propiedad condiciones no ideales¹³⁷⁷.

Cerrado ese camino idealizador todavía podría decirse que no es que la deliberación *por sí misma* nos ofrezca esa respuesta correcta porque, como ya se dijo aquí, esa deliberación *no produce decisión alguna*. Más bien, es la combinación de deliberación más votación la que sí está en condiciones de producir o generar las decisiones colectivas correctas que el defensor de la tesis epistémica busca con ahínco. Esto parece más factible, sobre todo si tenemos en cuenta que la deliberación en sí misma sí parece aumentar la competencia epistémica de los participantes en la práctica de dar y pedir argumentos que la democracia deliberativa alienta o genera¹³⁷⁸. Sin embargo, no sabremos o no tendremos un indicador fiable de que esto último ha ocurrido mientras hayamos llevado acabo la agregación de los juicios individuales, a través de los votos, produciendo una decisión colectiva. Y aquí es precisamente donde anida el problema. Nuevamente en palabras de Bayón: «lo que ocurre es que esa combinación trae a escena todos los problemas que afectan la agregación de juicios, que una literatura relativamente reciente pero ya abundante ha demostrado que son en

¹³⁷⁶ Cf. BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?”, cit., aquí pág 199.

¹³⁷⁷ Me parece necesario aquí introducir una posible réplica a esta objeción, de hecho, también es manejada por J. L. Martí. Según éste, su propuesta de democracia deliberativa se mueve en el plano de los ideales regulativos y, como tal, no es susceptible de ser criticado en el plano meramente descriptivo. Un ideal regulativo, nos dice, podría definirse como un horizonte normativo hacia el que debemos tender en la medida de lo posible. Dicho horizonte es un estado de cosas que evaluamos como deseable o correcto y, en este sentido, los ideales regulativos tienen que ver más con ser que con hacer. (*La república deliberativa.*, cit., aquí pág. 25) En este sentido, nos dice, entender la democracia deliberativa como un ideal, algunas de las críticas que se le realizan por ser un modelo excesivamente utópico o por no corresponderse con la realidad son desatinadas; nunca pueden servir contra el ideal en sí mismo (p. 26) De tal forma que existen democracias más justificadas que otras en la medida en que más cumplan o se acercan al propio ideal normativo. Sin embargo, la idea de que “entre más nos aproximemos al ideal, mejor” no es tan clara como en primera instancia pudiera parecer. Se trata de los problemas que entraña el *second-best* y que, como se sabe, en muchas ocasiones estar más cerca del desiderata no es lo mejor sino incluso peor. F. Ovejero lo ilustra con un ejemplo francamente bueno: “estar cerca de la persona amada, pero no estar con la persona amada, puede ser peor que estar lejos. Un infierno”. Véase: OVEJERO LUCAS, Felix, “¿Deliberación en dosis?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 324-332.

¹³⁷⁸ Sobre este punto, por ejemplo: HABERMAS, Jürgen, “¿Tiene aún la democracia una dimensión epistémica? Investigación empírica y teoría normativa” en: Íd., *Ay Europa!*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 136-185, aquí pp. 144-145)

buena medida estructuralmente similares a la agregación de preferencias, bien estudiados por la moderna teoría de la elección social»¹³⁷⁹.

Puesto en términos sumamente sencillos: el ideal democrático deliberativo precisa que las decisiones no sólo sean tomadas a través del procedimiento democrático sino que le resulta fundamental que se tomen por las razones correctas (y no por mera casualidad o por razones inválidas); dadas, obviamente, en un proceso de deliberación pública. «Las razones –escribe Bayón– serían las premisas de su razonamiento y la conclusión del mismo será un juicio individual acerca de cuál es la opción correcta que incorporará a la maquinaria agregativa de la democracia a través de su voto»¹³⁸⁰. De tal forma que lo que exige la racionalidad exige de cada votante es coherencia entre las premisas y la conclusión, entre las razones que fundamentan su voto y el contenido de éste. El problema radica –nuevamente en palabras de Bayón– en que «el procedimiento de decisión por mayoría no puede asegurar siempre esa coherencia a nivel colectivo: no puede asegurar siempre que una opción sea la aprobada por mayoría si y sólo si la mayoría suscribe las razones que la fundamentan»¹³⁸¹. Es precisamente esta incoherencia a nivel colectivo el talón de aquiles de la democracia deliberativa, la que de alguna manera nos mantiene escépticos de su pretendido carácter epistémico.

2.5 CONSTITUCIONALISMO: UNA CONSTITUCIÓN «EXPANSIVA» Y DEMOCRÁTICA

A lo largo de estas páginas he venido intentando destacar los extremos más relevantes que considero nos podrían ayudar para determinar el tipo de diseño institucional así como la concepción de la Constitución que estaría más acorde con lo que aquí he denominado ideología constitucionalista. Nuevamente se trata de un punto clave de mi tesis y que espero desarrollar con todo rigor. En primer lugar, y para retomar el eje que abre el presente capítulo, es claro que desde la perspectiva constitucionalista que aquí se viene desarrollando, insisto, la noción de autonomía pública o autogobierno recibe otro tipo de valoración. Se trata claramente de una valoración más positiva. Y como ello es así, entonces parece consecuente con ella el establecimiento de un

¹³⁷⁹ BAYÓN, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?”, pág. 217.

¹³⁸⁰ “¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?”, cit., aquí pág. 218.

¹³⁸¹ “¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?”, cit., aquí pág. 219.

diseño de constitucionalismo débil en el que, precisamente, se “debiliten” algunas de las piezas que integran los mecanismos contramayoritarios que acompañan gran parte de los diseños institucionales de las democracias liberales occidentales. Para articular dicha pretensión convendría tener en cuenta las siguientes consideraciones.

Por una parte, la ideología constitucionalista no esconde o al menos tiene mejor en cuenta el problema de la autoridad o legitimidad política. De ahí que concedan un valor muy importante a la idea de participación, a la idea de libertad positiva. Así, tenemos aquí un primer punto de contraste con su contrapartida la ideología legalista: mientras que esta última tiene un profundo carácter instrumental del Derecho y de las instituciones políticas en el que, incluso, pueden llegar a ser vistas como algo fuera del alcance de quienes están bajo su gobierno; en la ideología constitucionalista, por el contrario, la cuestión de la autoridad no trata sólo del establecimiento de un orden o un marco institucional efectivo más allá de su origen sino sobre todo de *quién* y *cómo* ha establecido dicho orden. También la ideología constitucionalista hará énfasis en la forma en que las normas que rijan en una determinada sociedad *deberán* ser conocidas, formuladas y creadas. Dicha forma no es otra que a través de un procedimiento que posibilite la participación, la deliberación y el consentimiento de todos aquellos que tales normas o decisiones afectan.

Por otra parte, y cuando llevamos estos presupuestos al plano institucional, el ámbito de la democracia, en tanto método de decisiones colectivas, recibe un trato más benévolo. Ahora bien, lo que aquí en todo caso debe tenerse presente es que al tenor de los dos planos en los que se desenvuelve, esto es, tanto en el plano instrumental como en el plano de su justificación intrínseca. Parece claro el hecho de que la misma no logra cristalizar la pretensión de método que alcanza respuestas correctas o incluso puede dudarse de que la misma sea infalible para seguir el rastro de la verdad moral. Ahora bien, lo anterior no es óbice para, en primer lugar, rebajar dicha pretensión excesiva. Tampoco para, en segundo lugar, y fundamentalmente, no destacar su justificación intrínseca. Dicha justificación –basada en la igualdad, el autogobierno, la participación, etc.– proporciona las razones suficientes para

plantearnos la posibilidad de un diseño institucional menos rígido o menos fuerte¹³⁸². En dicho diseño la regla de la mayoría no estaría bajo la estricta y permanente tutela de otros métodos de decisión, de otros procedimientos o poderes de inferior legitimidad democrática. Ello no significa, en ningún caso, que olvidemos el otro ingrediente –v. gr. los derechos– de nuestra concepción de la justicia.

En realidad, como se ha hecho notar y he venido insistiendo, de lo que se trata no es ya propiamente de una polémica «todo o nada» respecto a cada uno de sus elementos en juego: «Constitución rígida» vs. «Constitución flexible»; garantía jurisdiccional de la Constitución «sí» vs. garantía jurisdiccional de la Constitución «no». Los mayores problemas de los mecanismos contramayoritarios se dan precisamente cuando se combinan tanto rigidez (o intangibilidad) constitucional con la garantía jurisdiccional de la Constitución. De ahí que la cuestión de grado y las variables políticas juegan un papel fundamental. Esto es, pienso, lo que intenta cristalizar –o tener presente– la propuesta institucional del constitucionalismo débil entendido como un «diseño institucional que, a la vez que respeta el mayor valor intrínseco del procedimiento democrático –lo que implica que no sean los jueces constitucionales los que, en la práctica, tengan la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos–, aproveche las posibles ventajas instrumentales del control jurisdiccional de constitucionalidad»¹³⁸³. Así, parece que dependiendo pues, de las piezas del *puzzle* o, incluso, de su funcionamiento real, podríamos postular un modelo de constitucionalismo débil¹³⁸⁴.

¹³⁸² A estas alturas ya debería de quedar claro el por qué del valor intrínseco de la democracia. Un párrafo de J. C. Bayón, nos sirve nuevamente para sintetizarlo: “El valor moral del gobierno representativo no deriva de que en la toma de *cada decisión* la opinión de cada ciudadano tenga exactamente el mismo peso que la de cualquier otro. A mi juicio deriva más bien de otros dos tipos de consideraciones: de que el representante ocupa esa posición no por su calidad, sino por la cantidad de ciudadanos ordinarios que le respaldan (y no parece haber otro sistema de selección de quienes toman de modo directo las decisiones que respete en el mismo grado el ideal del valor igual de todos); y de que, con todas las limitaciones que se quiera –y que es justo reconocer–, ningún otro procedimiento asegura la misma capacidad de reacción a la mayoría de los ciudadanos frente a decisiones que desapruera (y en ese sentido ninguno se acerca tanto como él al ideal de que sea el conjunto de los ciudadanos comunes, sobre una base igualitaria, el que tenga la última palabra). Creo, en suma, que el procedimiento democrático sí posee un valor intrínseco del que carecen –o que no poseen en el mismo grado– los demás procedimientos.”

¹³⁸³ BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia, constitución”, cit., aquí pág. 88.

¹³⁸⁴ Pablo DE LORA, por ejemplo, para el caso español señala que una forma de “debilitar” el diseño institucional plasmado en la Constitución española y que es, fundamentalmente, “fuerte” es a través de la autocontención del propio Tribunal (deferencia) proponiendo para ello la posibilidad de un Tribunal de corte “thayeriano”: la declaratoria de constitucionalidad únicamente podría hacerse ante casos que

Ahora bien, ¿cuándo podríamos decir que estamos ante un diseño institucional que cumple tales expectativas? El modelo de constitucionalismo débil, más comprometido con la idea de autogobierno, que trata a los individuos como iguales, merecedores de la misma consideración y respeto, se obtiene por varias vías. La más clara pasa por rebajar las exigencias de alguna de alguna de las dos piezas en que descansa el modelo de constitucionalismo fuerte. De tal forma que, por un lado, estaríamos ante un diseño de constitucionalismo débil si el procedimiento de reforma o adición constitucional no es tan agravado o costoso. Cuando por ejemplo sea la mayoría Parlamentaria ordinaria la que pueda reformar la Constitución. En todo caso, conviene no olvidar, al menos, el otro “pie” sobre la que descansa (su garantía jurisdiccional). Como puede apreciarse la cuestión se complica porque parecería que fuese necesario suprimir el control de constitucionalidad de las leyes. Pero las cosas no son tan fáciles. De hecho, atendiendo otros factores, tales como la cultura política o el sistema de partidos, o la deferencia que muestra hacia el legislador podría modificar la valoración general del modelo. Y habría supuestos en que ambas no estarían reñidas sino que representarían un complemento.

Por ello puede decirse que el rasgo básico de cualquier arreglo que podamos denominar constitucionalismo débil radica en que la última palabra institucional sobre la determinación de los derechos la tenga el legislador. Ahora bien, ello estaría al alcance de entrada en aquellas sociedades donde hay una cultura arraigada, contrastada, de respeto y tutela de derechos de los individuos y de las minorías. Ahí donde hay una identificación y respeto de casos nucleares, estaría justificado dicho diseño. Eso sí, a condición de que pase por un proceso de deliberación, informada, robusta y sobre todo pública; que se dé en el marco de una democracia deliberativa¹³⁸⁵. En caso de persistir los desacuerdos entre la interpretación del judicial

clara e indubitablemente violenten la Constitución. Véase: DE LORA, Pablo, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, cit., aquí pág. 51 y ss.

¹³⁸⁵ Según Alexy, la forma en que el riesgo del paternalismo del tribunal constitucional puede evitarse consiste en que los argumentos del tribunal constitucional y los discursos de los ciudadanos “se entrelazan fácticamente”. Cuando el tribunal argumenta jurídico-constitucionalmente contra los resultados del proceso democrático, no sólo se hace valer *negativamente* que dicho proceso ha fracasado, sino que pretende también *positivamente*, que, si los ciudadanos entraran a formar parte de un discurso jurídico constitucional racional, ellos también aprobarían los argumentos del tribunal. Lo anterior, a la vez que expresa una desconfianza hacia el proceso democrático, nos dice Alexy, supone la confianza en la racionalidad de los ciudadanos. Cuando no hay tal entrelazamiento, cuando ello no tiene nada que ver con la realidad, esta pretensión deviene en puro paternalismo. Si, por el contrario, se

sobre la concreción del mismo, *debe ser* el legislador a quien corresponda tener la última palabra. Lo anterior, de forma paradójica, nos llevaría nuevamente a revalorizar la garantía jurisdiccional de la Constitución. Por poner un ejemplo: la misma puede servir tanto para ayudar a articular una deliberación de tales características; esto es, que sea más inclusiva, para que los grupos marginales –las «minorías discretas e insulares», para utilizar la celeberrima nota al pie de la decisión *United States v. Carolene Products. Co.*– que difícilmente logran hacerse escuchar, puedan ser parte, de ese diálogo democrático. Ahora bien, como vengo insistiendo, lo que subsistiría a la luz de las exigencias del constitucionalismo débil –que presenta también un abanico de configuración– es que sea el legislador (ordinario) a quien corresponda decidir en última instancia¹³⁸⁶. Hay que destacar que todo lo anterior puede complicarse tomando en cuenta otras variables¹³⁸⁷.

encuentra en el espacio público y en las instituciones políticas, puede hablarse de una lograda “institucionalización de la racionalidad discursiva en el Estado constitucional democrático”. Véase: Alexy, Robert, “Grundgesetz und Diskurstheorie” en: W. Brugger (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos [hay trad. cast. de A. Daniel Oliver, *Ley fundamental y teoría del discurso*, en: *Id.*, *La construcción de los derechos fundamentales*, cit., pp. 69-93, aquí pp. 92-3]

¹³⁸⁶ Véase: WALDRON, Jeremy, “The Core Againsts Judicial Review”, cit., aquí pág. 1406. Según el propio Waldron, la nota al pie de *Carolene Products* no debe ser vista como una especie de “caballo de troya” que sirva para ridiculizar a los críticos del control de constitucionalidad de la ley.

¹³⁸⁷ Supongamos, a efectos ilustrativos, que un determinado sistema tiene instituido el control judicial de las leyes. En dicho sistema, el mecanismo de selección de los jueces constitucionales incluye la participación de los poderes que están legitimados democráticamente (ejecutivo y legislativo). Por lo que hace en específico a los mecanismos de control, se tienen contemplados tres procedimientos: a través del recurso de amparo, por violaciones de derechos fundamentales en casos particulares y que declaran la inconstitucionalidad de la norma únicamente con efectos atribuibles sólo a quien la impugne y no *erga omnes*; a través de los conflictos entre órganos constitucionales o bien a través de un recurso de inconstitucionalidad reservado a las minorías parlamentarias. En éstos últimos casos, la declaración de inconstitucionalidad del acto –sea legislativo o no– puede declararse con carácter general siempre y cuando la resolución que así lo juzgue obtiene, a su vez, una mayoría cualificada.

Supongamos también que dicho sistema cuenta con una constitución rígida, pero no a grado supremo: no contiene cláusulas de intangibilidad. El procedimiento de reforma se encarga a un órgano denominado Constituyente Permanente que está compuesto por todos los órganos que tienen competencia legislativa al interior de las distintas Entidades Federadas (comunidades autónomas) y por el Congreso Federal o de la Unión (Cortes Generales). Supongamos que para que las distintas adiciones o reformas constitucionales lleguen a ser parte del texto constitucional se precisa la obtención de una mayoría cualificada de dos terceras partes de todos los órganos que integran el Constituyente Permanente.

Independientemente de las distintas precisiones y minucias que se harían necesarias para calibrar el impacto que sobre este diseño institucional tiene la crítica democrática al control judicial de la constitucionalidad que aquí se está formulando, puede decirse a primera instancia, que dicha crítica no sería tan potente. Y ello sería así porque: a) los jueces son designados a través de un procedimiento que incluye la participación de los otros órganos efectivamente legitimados democráticamente; b) que no todas las resoluciones que declaren la inconstitucionalidad de una determinada medida tengan efectos *erga omnes*; y c) aunque el procedimiento de reforma sea agravado, no es excesivamente

Pasemos ahora a la concepción específica de Constitución que tiene la ideología constitucionalista. La Constitución “rematerializada” o “sustancializada” ya no se tendrá más como una “Constitución límite” o “garantista” sino como una Constitución como “programa” o “camino” (*costituzione-indirizzo*) fuertemente sustentada por derechos fundamentales, principios y valores. De tal forma, aquí el orden jurídico se entenderá como un desarrollo de todas las exigencias regulativas y axiológicas de la Constitución. En efecto, en el modelo preceptivo de Constitución los derechos fundamentales tendrán una fuerza expansiva con la que impregnan o irradian a todo el ordenamiento jurídico: se trata de una Constitución extremadamente invasora capaz de disciplinar cualquier aspecto de la vida social y política. Aquí –contra la concepción de la ideología legalista, que inevitablemente parece entrar en crisis– el ordenamiento jurídico será legítimo no simplemente porque respeta los derechos mediante abstenciones o de forma negativa sino porque, por el contrario, tendrá que desarrollar en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los derechos (incluidos los sociales)¹³⁸⁸. Ningún ámbito social le puede resultar extraño. De tal forma que entre Constitución y ordenamiento jurídico no hay una división tajante sino una continuidad. La doctrina de la *Drittwirkung* viene a señalar, en dicho contexto, la vigencia de los derechos fundamentales también en el Derecho Privado, por lo que su autonomía respecto a la Constitución y al Derecho Constitucional queda reducida.

Utilizando nuevamente la terminología de Fioravanti, sino aquella que busca su caracterización *al mismo tiempo* como norma fundamental garantía pero sobre todo, y de modo más básico, como norma directiva fundamental. Esto es, la Constitución entendida *a la vez* como «un proyecto a futuro que guíe la actuación de los miembros de la sociedad –poderes públicos y sociedad civil– para alcanzar los fines o valores que se ha propuesto el pueblo soberano. Desde esta aportación se pone énfasis en la doctrina de los deberes de gobierno, como es el caso de los derechos sociales en relación con el valor igualdad a promover y realizar». Esto sería lo que permitiría encausar lo que M. La Torre ha llamado «la gran ambición de la modernidad jurídica»: «que la comunidad política y con ella el Estado y el Derecho sean el producto de una acción de los ciudadanos. El constitucionalismo es el proceso

gravoso, ni mucho menos contiene cláusulas de intangibilidad en materia alguna.

¹³⁸⁸ Cf. AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, cit., pág. 455.

de tal iniciativa ‘desde abajo’»¹³⁸⁹. Tal forma de concebir la Constitución cambia de manera innegable –si bien no sabemos precisar exactamente en qué medida o cuánto– a configuración, estructuración y funcionamiento de nuestro Derecho¹³⁹⁰.

En efecto, esta es la comprensión y el contenido mismo de las constituciones europeas de pos-guerra tales como la alemana, la italiana o la española. Como señala Susana Pozzolo:

«en las constituciones más recientes, las de este siglo, la parte dedicada a los derechos ha sido sucesivamente ampliada reconociendo toda una serie de derechos denominados sociales, de los que ya no son titulares los ciudadanos individualmente considerados sino los grupos de individuos. Esto ha implicado, de un lado, un aumento del número de sujetos titulares y, de otro lado, un aumento en la imposición de deberes, como consecuencia de *la previsión de fines (sociales o colectivos) a conseguir*. La mayor complejidad de la Constitución así derivada ha implicado una mayor potencialidad de conflictos, además de un distinto tratamiento en la tutela de los derechos reconocidos, como consecuencia del mecanismo de legitimación procedimental. De esto modo tiende a desvanecerse la misma función de garantía que tenía la Constitución»¹³⁹¹.

Me parece que la vocación democrática de la ideología constitucionalista no se alcanza a percibir del todo bien o sólo en forma dubitativa¹³⁹². Y si es así, es en parte porque de hecho, cuando se analiza, suele otorgarse un papel fundamental a la garantía jurisdiccional de la Constitución y con ella, a su carga contra-mayoritaria. Sin embargo, debe destacarse que la concepción del objeto mismo, esto es, de la Constitución y con ella del proceso democrático, se problematiza de manera distinta:

¹³⁸⁹ LA TORRE, Massimo, “Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos.”, cit., aquí pág. 48.

¹³⁹⁰ Sobre estas cuestiones véase: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Estado constitucional y producción normativa”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 24, 2011, pp. 17-35.

¹³⁹¹ POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, cit., aquí pág. 170 (cursivas más).

¹³⁹² Según Pozzolo, “el neo-constitucionalismo parecería abrazar una posición dirigida a conciliar Constitución y democracia: los vínculos constitucionales son asumidos como instrumentos que tienden a consolidar el proceso democrático, ofreciendo una trama procedimental y de valores político-morales entre la que se mueve la acción política. De otra parte, el proceso democrático tiene la necesidad de alguna estructura jurídica que haga capaz al electorado de expresar una voluntad coherente y, además, tiene como presupuesto, la asunción de algunos valores que ofrecen, de modo aproximado, una concepción de la persona”. Véase: *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, cit., pág. 172.

se trata de una Constitución *sustentada* desde abajo; de una Constitución de ciudadanos y no de súbditos¹³⁹³. Pienso que esto es lo que quiere destacarse cuando M. La Torre se sostiene que al ubicarnos en estas coordenadas el contraste tradicional entre constitucionalismo y democracia resulta en gran medida obsoleto. O incluso para señalar provocativamente que: «el neo-constitucionalismo puede ser teoría y práctica del gobierno limitado en tanto en cuanto es al mismo tiempo teoría y práctica de un “gobierno absoluto”, en tanto en cuanto el gobierno y el Derecho positivo estén “absolutamente” penetrados por las normas constitucionales y éstas sean válidas de manera “absoluta”, en el sentido de que mantienen un contenido esencial inderogable e imbuyen todas las relaciones jurídicas»¹³⁹⁴. La Constitución de la ideología constitucionalista, en definitiva, «no podría darse sin ciudadanos, y ninguna ciudadanía sería verdadera sin subjetividad y titularidad de derechos»¹³⁹⁵.

¹³⁹³ Escribe La Torre: “el moderno Estado Constitucional, al distinguir claramente entre Constitución y legislación, y al estructurar la Constitución en términos de principios y derechos fundamentales, introduce *explícitamente* en el ordenamiento fuertes elementos morales y subordina el derecho positivo a principios de justicia y a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Estos no son ya ‘súbditos’, como todavía los define la dogmática moderna del derecho público (*der Untertan*, desde Gerber hasta Kelsen —sin pasar por Heinrich Mann—), sino *ciudadanos*. Véase: LA TORRE, Massimo, “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, cit., aquí pág. 92.

¹³⁹⁴ LA TORRE, Massimo, “Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos.”, cit., aquí pág. 50-51.

¹³⁹⁵ LA TORRE, Massimo, “Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos.”, cit., aquí pág. 61.

CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas he intentado ofrecer algunas pautas para comprender y contrastar dos concepciones de los sistemas jurídicos que, siguiendo la estela de varios autores, he denominado legalismo y constitucionalismo. Se trata, como he dicho también, de apuestas más bien de corte ideológico que teórico (o científico). Su finalidad no es tanto la descripción de su objeto como la de proporcionar ideales, más o menos fuertes, de cómo *debería ser* la práctica jurídica. Para ello, he dispuesto de cinco capítulos. En cada uno busco proporcionar puntos de contraste entre cada una de esas ideologías. Soy consciente de que de ellas no emerge un cuadro completo, pero sí, al menos, un bosquejo que facilita tal comparación. Entiendo también que cada una de esas ideologías tiende hacia modelos ideales-típicos. Sin embargo, sería posible advertir algunas manifestaciones dentro de un espacio-tiempo definido; sobre todo en nuestra órbita cultural. Así, puede decirse que el legalismo, la ideología legalista, se aproxima al modelo de Derecho surgido a partir de la modernidad, y de modo más concreto con la forma jurídico-política del Estado liberal de Derecho. La ideología constitucionalista, por su parte, también parece corresponderse con las ambiciones de parte los contemporáneos Estados occidentales de post-guerra, donde se aprecia con mayor nitidez el fenómeno de la re-materialización del Derecho. Las conclusiones que se desprenden de mi investigación son, a mi juicio, las siguientes:

PRIMERA: Tanto el legalismo como el constitucionalismo buscan materializar o concretar determinados principios o ideales regulativos, que, a la vez, lo inspiran y orientan. Así, para el caso del legalismo se propone como ideal regulativo de partida la noción de autonomía personal. Se trata de una noción con un claro anclaje en la ilustración, por la cual tenemos al individuo como dueño y artífice de elecciones y decisiones, capaz de proyectar un plan de vida, de pasar por un tamiz crítico su propio actuar. La noción, no obstante, es muy amplia. Se ha propuesto como fundamento o justificación de todo el sistema de derechos y libertades del pensamiento liberal; como fundamento de la vinculación de las decisiones y leyes democráticamente adoptadas; como fundamento del principio que limita la interferencia del Estado,

entre otros. Trasladado al mundo político busca resguardar *La ciudadela interna* de los individuos; reafirmar su primacía a través de unos derechos negativos que prevalezcan sobre cualquier consideración agregativa a la hora de determinar qué tratamiento debemos a las personas en sus relaciones con terceros o con el Estado.

SEGUNDA: La ideología constitucionalista se articula en clave republicana. Descarté sus versiones más comunitaristas, próximas a la “libertad de los antiguos”, que postulan fuertes mecanismos de integración del individuo a la comunidad. El republicanismo contemporáneo busca una suerte de tercera vía entre la noción de libertad como no-inteferencia y libertad positiva. El concepto republicano de libertad como “no-dominación arbitraria” propuesto por P. Pettit puede servir a este respecto: su idea es, por un lado, conjurar los males ligados a la intervención –exigiendo que no sea arbitraria–; y por otro, reconocer las virtudes de la libertad positiva minusvalorada por algunos planteamientos liberales a través, precisamente, de la participación y consentimiento de los afectados. Esto es lo importante: que en la *definición misma* de lo que consideremos como “válido” o “legítimo” –v. gr. de las normas que han de regir en una determinada comunidad– se incluya la participación de los posibles afectados. En este sentido, la teoría discursiva habermasiana puede servir como un marco en el cual articular la propuesta constitucionalista. En efecto, su ética discursiva reformula el imperativo categórico kantiano para darle una dimensión procedimental y dialógica; y mantenerse, no obstante, dentro de coordenadas liberales. Habermas propone una articulación del sistema de derechos con el principio de discurso en el que deben reconocerse derechos que los ciudadanos tienen que atribuirse y reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo.

TERCERA: La concepción del poder político que subyace al legalismo va unida, en primer término, a los orígenes del Estado moderno. Es decir, se vincula con la creación de un centro de poder soberano, que unifica los centros de creación y aplicación normativa, que elimina la pluralidad de jurisdicciones, de tal forma que dicho Estado se va a erigir, pretende erigirse, como el agente y garante central de la paz interna. Sin embargo, aquí no hemos vinculado nuestra noción restringida del

Estado de Derecho con lo anterior (o no sólo con ello). Por el contrario, hemos señalado que a la misma le acompaña una idea de legalidad selectiva. Dicha idea de legalidad selectiva se corresponde con las exigencias de reconocimiento y tutela de derechos y libertades fundamentales. La lectura de las exigencias del imperio de la ley no es aquí meramente ‘funcional’ o ‘neutral’ sino que se corresponden con los valores de la tradición liberal-democrática. En ellos se fundan los criterios básicos de su legitimación: por influjo de las doctrinas racionalistas, la burguesía revolucionaria reclamó para sí en sus orígenes unos derechos anteriores al pacto social que, en todo caso, el Estado debe reconocer y respetar. Es la doctrina de los límites al poder que servirá como contrapeso al despotismo del Estado absolutista en lo que ha sido denominado la *lucha contra el Estado*. Busca e la garantía y protección de las personas frente a la arbitrariedad. Para ello busca establecer mecanismos que proporcionen estabilidad y alguna forma de cooperación social por medio del Derecho. Se defiende la necesidad de que el Derecho se afirme como un orden cierto, eficaz e instaurador de reglas básicas del juego social y económico para convertirse en un instrumento de previsión y confianza en las relaciones humanas.

CUARTA: La concepción del Estado de Derecho propuesta para la ideología constitucionalista es una concepción amplia. Y lo es en un doble sentido. Por un lado, porque pretende mantener ese núcleo anteriormente descrito de sujeción de los poderes a las normas, de contención contra la arbitrariedad. Por otro, porque añade más exigencias sustantivas. Puede caracterizarse por mostrar un fuerte compromiso por la lucha contra las desigualdades sociales y, fundamentalmente, por tratarse de un diseño más inclusivo, es decir, tendencialmente más democrático y participativo. Se trata de una *lucha por el Estado*, al que no se tendrá como un mal necesario sino como un agente capaz de contribuir a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos a través de una ampliación de sus funciones y sobre todo del desarrollo de su faceta promocional. La incorporación de derechos sociales en las constituciones así como el mandato de hacer realidad las condiciones necesarias para su ejercicio y disfrute hará que esta forma de Estado y su Derecho entren en una profunda dinámica de materialización. Supone, como señala Luhmann, “el desbordamiento del Estado por la política”. Tanto para evitar su deriva autoritaria cuanto su conversión en Estado

paternalista –donde, en línea de la crítica del Estado social, el ciudadano devenga en mero receptor pasivo de bienes–, dicha concepción amplia del Estado de Derecho deberá focalizar su apuesta en tanto concepción democrática, donde la idea de libertad positiva juega un papel relevante. Desde estas premisas, la participación política, la acción colectiva, tiene una importancia de primer orden en la medida en que sirve para legitimar y controlar, en alguna medida, las acciones del gobierno.

QUINTA: Respecto a la concepción de los derechos fundamentales manejadas por ambas ideologías, se hizo notar que en la literatura sobre los mismos es frecuente encontrar que poseen una doble función. Por un lado, son derechos subjetivos de libertad, derechos de defensa del individuo frente al Estado y, por el otro, son «normas objetivas de principio» o «decisiones axiológicas» que valen para todos los ámbitos del Derecho». Pues bien, aquí se ha defendido que la ideología legalista trabaja con una concepción de los derechos fundamentales en la que su dimensión subjetiva es la función preponderante y casi exclusiva. Y digo casi exclusiva, porque el hecho que funcionen como “criterios de validez” supone un reconocimiento mínimo de la dimensión objetiva. Que se potencie la dimensión subjetiva o que la misma sea la única reconocida es consecuente, pienso, con los presupuestos individualistas que inspiraron las primeras plasmaciones y generaciones de derechos fundamentales como límites frente al poder. Es decir, cuando por influencia de la ideología política liberal asociada al iusnaturalismo racionalista se lleva al Derecho, los derechos aparecen como «derechos subjetivos» que es la técnica utilizada para la máxima salvaguarda y garantía de posiciones subjetivas.

SEXTA: Una de las señas de identidad de la ideología o del imperio de la Constitución es la idea de que los derechos desarrollan, además de su dimensión subjetiva, una “dimensión objetiva”. Sin embargo, tal y como destaca M. C. Barranco, su afirmación “puede quedarse en que los derechos como normas constitucionales funcionan como criterios de validez de las normas jerárquicamente inferiores o puede suponer que se niegue una auténtica contraposición entre los intereses, bienes, necesidades y individuales y los intereses generales atribuidos al Estado”. En el primer caso, seguimos en la órbita liberal y del legalismo; en el segundo no. En sus

orígenes, el desarrollo de la dimensión objetiva se asocia a la jurisprudencia constitucional alemana y, de modo más concreto, a la célebre sentencia Lüth según la cual la Constitución, en su catálogo de derechos fundamentales, plasma “un orden objetivo de valores” con el que se “refuerza (su) capacidad normativa”. La “teoría de la integración” de R. Smend, que postula una teoría material del Estado, con fuertes perfiles comunitaristas, es uno de sus antecedentes más relevantes y presupone una comunidad de principios o valores homogénea, en detrimento del pluralismo. Si la dimensión objetiva adscrita a los derechos, por el contrario, la asociamos al carácter institucional de los derechos –en algunas de sus versiones–, no tiene las inquietantes repercusiones que tendría la teoría axiológica anteriormente esbozada, donde la dimensión subjetiva podría desaparecer. Optar por su caracterización institucional nos situaría nuevamente dentro de un esquema en el que co-existen ambas: el aspecto individual del derecho y el institucional están entrelazados. Esto es claro, por ejemplo, en la presentación que hace P. Häberle, para quien los derechos cumplen también una función social, están condicionados por otros bienes jurídicos constitucionales, configuran la base constitucional de la democracia. Para él, el ejercicio y garantía de los derechos puede caracterizarse a través de la unión de intereses individuales e intereses públicos.

SÉPTIMA: La ideología legalista pivota en torno a las normas entendidas en tanto “reglas”. En la primera parte intenté destacar la cercanía del legalismo con la concepción del Derecho de la teoría imperativista. Desde mi punto de vista, hay una cercanía entre la noción de regla y la de prescripción: estas últimas se caracterizan por ser normas dictadas por alguien en su posición de autoridad, en uso de competencias y que se dirigen a otro sujeto en calidad de destinatario. Para evitar los extremos más criticables usualmente vinculados con las reglas –que se aplican de forma todo o nada, que abocan a una teoría mecánica de la interpretación, etc. – me basé en la propuesta de F. Shauer quien destaca la importancia de las generalizaciones o categorizaciones en la construcción de las normas de conducta, su justificación, su carácter sobre-incluyente o infra-incluyente, el atrincheramiento de las experiencias recalcitrantes, entre otros rasgos, teniendo presente la vaguedad y la textura abierta de las mismas. Su aspecto central pasa por la autonomía semántica del lenguaje. La

importancia de las reglas para la ideología legalista tiene que ver con el hecho de que al legalismo le subyace una visión fuertemente normativista: la protección del individuo y de su autonomía pasa por que el poder político esté sujeto a normas jurídicas en tanto reglas. Como se ha dicho, el *Rule of Law* requiere como condición de posibilidad un *Law of Rules*. A mi juicio, un aspecto importante de la visión actual del imperio de la ley, es que su fuerte normativismo, no lleva consigo un “fetichismo de las reglas”. El juego del Derecho se juega fundamentalmente con reglas, pues en ellas se condensa su faz autoritativa, de control social y de guía de conducta, sí, pero ello no significa que el Derecho sea *sólo* asunto de reglas.

OCTAVA: Los principios ocupan una posición central en la concepción del Derecho de la ideología constitucionalista. En la vieja polémica sobre los “principios generales del Derecho” se pueden apreciar varios problemas y argumentos que los mismos suscitan; fundamentalmente, los de su controvertido “carácter sistémico” o los relativos al poder que otorgan al juez. Los principios suponen una pérdida para la autoridad del legislador y un severo cuestionamiento al proyecto codificador. En lo que denominé el “principialismo de los modernos”, resultan ejemplos paradigmáticos los desarrollos de R. Dworkin y R. Alexy. La construcción de Alexy de los principios como mandatos de optimización –con sus problemas, ciertamente– me parece más adecuada para articular la apuesta constitucionalista. Un primer argumento sería que en el esquema alexiano está más desarrollada la idea de aplicación de este tipo de normas, la ponderación (así como una teoría procesal de la argumentación). En segundo lugar, porque no avanza una ordenación jerárquica de los distintos valores y principios. Otros aspectos a destacar es que, a diferencia de Dworkin, no establece una relación absoluta de precedencia o primacía, entre derechos y bienes colectivos, con lo que ello puede significar a la hora de limitar derechos individuales. Se aprecia asimismo en Alexy una genuina preocupación por el principio democrático y su encaje en su esquema. Por último, puede decirse que la imagen del Derecho constitucionalizado es la de un “Derecho dúctil” que, sin renunciar a su dimensión institucional, se sitúa resueltamente en el contexto de justificación. El Derecho se ve esencialmente como una práctica de dar razones; convirtiéndose, fundamentalmente, en discurso sobre el Derecho.

NOVENA: Ambas ideologías parten de una Constitución normativa o regulativa. Con ello esta se aparta de la manifestación típicamente continental del Estado legislativo de Derecho donde la Constitución no se consideraba vinculante como norma jurídica, en sentido relevante alguno de la expresión –mucho menos garantizada por un órgano jurisdiccional–. Por el contrario, aquí se propone que el ideal del Imperio de la Ley llevado hasta sus últimas consecuencias incluiría la sujeción del poder legislativo a los contenidos constitucionales. La concepción constitucional o modelo constitucional de la ideología legalista es el que se establece como límite respecto del ordenamiento jurídico: los derechos se conciben centralmente como límites negativos del orden jurídico, límites negativos a la acción del Estado. La legitimidad del orden jurídico depende del ‘respeto’ a dichos límites, del respeto a los derechos negativos. El constitucionalismo que se obtiene es fundamentalmente “defensivo” y “parcial”: es defensivo en la medida en que se traza límites negativos y es parcial puesto que no “penetra” en todas las relaciones sociales. Aquí el contenido del ordenamiento jurídico es un contenido relativamente autónomo en relación con la Constitución y ello puede apreciarse especialmente en el mayor grado de autonomía del Derecho Privado respecto a aquella. Una de las ideas que he defendido es que los propósitos que animan a la ideología legalista ofrecen cobertura para situar a la misma, en cuanto al diseño institucional se refiere, próxima a lo que últimamente se ha venido denominando “constitucionalismo-fuerte”: un diseño institucional que cuenta con una constitución con un alto grado de rigidez y garantizada judicialmente. En la famosa polémica entre “derechos y democracia”, “jueces y legisladores”, etc., el legalismo se pone, a mi juicio, del lado de la primera opción. En este sentido, el legalismo se presenta como una ideología intrínsecamente liberal y que, en este punto, se vuelve conservadora. Como señalara Shklar, el legalismo “no sólo es hostil a toda reforma social de fondo sino también a la democracia en general”. El recurso a un “coto vedado”, aunque no sea necesario para el planteamiento, se hará más factible desde el legalismo. Aquí, estimo, serán los jueces quienes tengan en última instancia la encomienda de ejercer de una suerte de guardianes o custodios de los principios liberales.

DÉCIMA: La concepción que de la constitución tiene la ideología constitucionalista es diferente. La Constitución “rematerializada” o “sustancializada” ya no se tendrá más como una “Constitución límite” o “garantista” sino como una Constitución como “programa” o “camino” (*costituzione-indirizzo*) fuertemente sustentada por derechos fundamentales, principios y valores. Aquí el orden jurídico se entiende como desarrollo de todas las exigencias regulativas y axiológicas de la Constitución. En este modelo los derechos fundamentales tendrán una fuerza expansiva con la que impregnan o irradian a todo el ordenamiento jurídico: se trata de una Constitución extremadamente invasora capaz de disciplinar cualquier aspecto de la vida social y política. El ordenamiento jurídico será legítimo no simplemente porque respeta los derechos mediante abstenciones o de forma negativa sino porque, por el contrario, tendrá que desarrollar en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los derechos (incluidos los sociales). Ningún ámbito social le puede resultar extraño. Entre Constitución y ordenamiento jurídico, por tanto, no hay una división tajante sino una continuidad. La doctrina de la *Drittwirkung* viene a señalar aquí la vigencia de los derechos fundamentales también en el Derecho Privado, por lo que la autonomía del Derecho Privado respecto a la Constitución se reduce. Desde la ideología constitucionalista, tal y como aquí la hemos venido presentando, adquiere el proceso democrático. La cuestión de la legitimidad o autoridad política no es pasada por alto desde estos planteamientos. Por ello aquí he propuesto que la misma sería más próxima a un diseño institucional cercano al “constitucionalismo débil”: débil porque la Constitución no presente un grado sumo de rigidez; o bien porque no esté instituida su garantía jurisdiccional; o estándola, el juez no goce de la última palabra institucional en caso de controversia sobre el alcance de los derechos. Sin embargo, la “debilidad” o “fluidez” que puede predicarse de las relaciones entre derechos y democracia puede comprenderse mejor si tenemos en cuenta no sólo su ingeniería o diseño institucional sino también la forma misma en que los elementos involucrados se conciben. Y ello es particularmente cierto en el caso de la democracia si se tiene como una democracia deliberativa. En efecto, si la rigidez constitucional o un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes tienen que interactuar en una democracia deliberativa orientada a la transformación y mejora de las preferencias de los ciudadanos podrían darse argumentos a su favor. La rigidez puede servir para

asegurar el procedimiento deliberativo que de otra manera estaría desprotegido: si una mayoría simple puede modificar la constitución habría que abocarse a obtener el número de representantes requerido para plasmar la propia visión constitucional sin discusión, sin dar razones. Lo anterior no honra la visión de los con-ciudadanos dignos de la misma consideración y respeto. La justicia constitucional, por su parte, puede funcionar, desde estas premisas, a modo de filtro o de control de que el proceso democrático-deliberativo se desarrolle por los canales apropiados. Ello resulta más idóneo, pienso, cuando la Constitución se entiende como un marco en que los ciudadanos deciden lo que les es común.

FINAL REMARKS

Throughout these pages I have tried to provide some guidelines to understand and contrast two conceptions of legal systems. In the wake of several authors, I have called them legalism and constitutionalism. As I have already said, I t for an ideological rather than theoretical (or scientific) kind of proposals, so that they go beyond mere description to provide (more or less strong) ideals of how legal practice should be. A detailed explanation on how that is supposed to happen has been offered here, in five chapters showing contrasting points between each ideology. I am aware that these are not enough points to represent a complete picture; but at least, they are useful to facilitate a comparison. Although these ideologies tend to be “ideals types”, it is perfectly possible to work with them within any space-time frame, -especially in our cultural sphere. Therefore, legalism, legalistic ideology, is closer to the kind of Law that emerged from Modernity on; more precisely, it is closer to the legal and political form embedded in the liberal rule or law. Regarding the constitutionalist ideology, it also seems to agree with the ambitions of post-war contemporary Western states, -where the re-materialization of law becomes clearer. The conclusions stemming from my research are as follows:

FIRST: Both legalism and constitutionalism seek put into practice certain regulative principles or ideals, which, at the same time, inspire and guide them. Thus, the notion of personal autonomy, as regulative ideal, is offered as a starting point for legalism. This notion is highly influenced by the Age of Enlightenment, where the individual owns and creates his choices and decisions, -even putting them into question if necessary. Note that it is a very broad concept, proposed as the basis or justification: for the entire system of rights and freedoms included in liberal thought, for the binding nature of all democratically agreed laws and decisions, and for the principle limiting state interference, among others. When transferred to the political realm, the notion is

meant to protect the individual's *Inner Citadel* by reasserting its primacy, -which is achieved by making some negative rights to prevail over any other aggregative consideration at the very moment of determining which treatment people deserve in its relations with third parties or the state.

SECOND: Constitutionalist ideology is articulated following republican thoughts. I dismissed his most communitarians versions closer to “the liberty of the ancients” like, which postulated strong mechanisms for individual integration into the community. Contemporary republicanism seeks a kind of third way falling between a non-interference notion of liberty and a positive liberty. The Republican concept of freedom as “arbitrary non-domination” put forward by P. Petit, may suit this regard. He argues, on the one hand, for tackling the evils that intervention entails –which must be a non-arbitrary one; on the other hand, he acknowledges the virtues of positive liberty, -undervalued by some liberal approaches on the grounds of the fact that the concerned parties can participate and give their consent. This is the key condition: that the *very definition* of what is considered as “valid” or “legitimate” – e.g. norms to rule in a given community, involves the participation of all those concerned. In this sense, Habermas's discursive theory may be a suitable framework on which to build the constitutional proposal. Indeed, his discursive ethics reformulates Kant's categorical imperative by providing it with a procedural and dialogical extent, yet remaining within liberal coordinates. Habermas proposal is based on articulating a system of laws -with the help of the discourse principle, where rights are recognized by the people in order to achieve a legitimate ruled coexistence within the means of positive law.

THIRD: The conception of political power lurking behind legalism is, first and foremost, linked to the origins of the modern state. I mean, it is linked to the creation of a sovereign power that unifies the centres of normative creation and implementation as well as it eliminates the plurality of jurisdictions. Therefore, such a state is conceived as the agent and main responsible for domestic peace. However, note that our restricted notion of rule of law is not linked here (or not only) with the abovementioned idea. On the contrary, the restricted notion is meant to be associated

with the idea of “selective legality” –which is correlated with demands for the recognition and protection of fundamental rights and freedoms. The rule of law requirements are not depicted here as merely “functional” or “neutral” but as related to the values of the liberal-democratic tradition. These values are the basis for their legitimation. That is because under the influence of the rationalist doctrines, the revolutionary bourgeoisie originally claimed for itself prior-to-the-social-pact rights that, in any event, the state must recognize and respect. The doctrine of the limits on the power sets itself as a counterweight to the despotism of the absolutist state, in the context of the *fight against the state*. Its purpose is to protect the individual against arbitrariness. In order to achieve that goal, mechanisms are established to provide stability and some form of social cooperation under the law. Law needs to present itself as a proper order that promotes effectiveness by means of social and economic basic rules, so that it becomes a forecasting tool, trustworthy when dealing with human interaction.

FOURTH: The conception of the rule of law offered for constitutional ideology is a broad concept. It is broad in two ways: firstly, because the idea of public powers acting in accordance with the law, to avoid arbitrariness, is kept alive; secondly, because it adds more substantive requirements. It shows a strong commitment to the fight against social inequalities as well as a more inclusive design –a more democratic and participatory approach. This is a *fight for the State*, which shall not be taken as a necessary evil but as an agent capable of contributing to improve the living conditions of citizens -through an expansion of its functions and, especially, through the development of the promotional aspect. Once social rights have been included in the constitution and its exercise is facilitated through mandatory measures, this form of state and its law will begin a deeper materialization dynamics. It entails, as Luhmann claims, the “overtaxing of the state by politics”. The broad conception of rule of law, in order to avoid authoritarianism as well as its conversion into a patronizing State – where, in accordance to the welfare state criticism, the citizen becomes a mere passive recipient of goods, should focus on the democratic conception along with the important idea of positive liberty it involves. Under these assumptions, political

participation, collective action, is of utter importance as far as it legitimizes and oversees, to some extent, government action.

FIFTH: Regarding the conception of fundamental rights adopted by both ideologies, they play a dual role. On the one hand, fundamental rights play a “subjective rights of freedom” role -rights of defense for the individual against the state; on the other hand, they play the part of “principles” or “axiological decisions” that apply to all areas of law. Well, the conception of fundamental rights addressed here –and used by the legalist ideology, gives priority to the subjective dimension role. Note that priority does not mean exclusivity because, since they function as “criteria of validity”, there is also room for a minimum recognition of the objective dimension. In my view, enhancing the subjective dimension is consistent with the individualistic assumptions that inspired the first generations of fundamental rights as limits to power. That is, when Law is under the influence of the liberal political ideology that entails a rationalist natural law approach, the rights look like “subjective rights”; thus, this is the technique used to provide the greatest guarantee for subjective positions.

SIXTH: One of the hallmarks of the ideology or the rule of the Constitution is the idea that rights, in addition to its subjective dimension, also develop an “objective dimension”. However, as MC Barranco highlighted, this statement “may lead either to consider rights (when they are constitutional rules) as validity criteria with respect to the hierarchically lower standards or to refuse a real opposition between individual interests, assets, needs and state general interests”. The first case occurs under the liberal and legalism realm, the second does not. The development of objective dimension is originally associated to the German constitutional jurisprudence and, more precisely, to the famous Lüth sentence. It stated that the Constitution, by means of in its catalog of fundamental rights, embodies an “objective order of values” in order to “reinforce (its) regulatory capacity”. Its background can be found in R. Smend’s “integration theory”. It establishes a substantive theory of the state -with strong comunitarist features, that assumes a homogeneous community of principles or values, to the detriment of pluralism. Moreover, when the objective dimension is associated to the institutional nature of rights (in some of their versions) less

disturbing consequences result than when associated to the above outlined axiological theory -where the subjective dimension could even disappear. Choosing the institutional option will put us back into a scheme in which both the individual and the institutional aspect of law are intertwined, coexist. This is clear, for example, in P. Häberle depiction. He considers that rights: have a social function, are conditioned by other constitutional legal rights, and are the constitutional basis for democracy. In his view, the exercise and guarantee of rights could be achieved through the coupling between individual and public interests.

SEVENTH: The legalistic ideology rests on norms as “rules”. In the first section I tried to emphasize how close legalism is to the conception of law proposed by the imperativist theory. From my point of view, the notion of rule is related to the notion of prescription. The latter are rules issued by a competent authority in order to be complied with by another subject, to whom it is intended. In order to avoid all those aspects more open to criticism in relation to rules -that are applied in an all-nothing fashion, leading to a mechanical theory of interpretation, etc.-, I relied on F. Shauer scheme. Not only does he stress the importance of generalizations and categorizations in the construction of the rules of conduct but also its rationale, its over-inclusive or under-inclusive nature and the entrenchment of recalcitrant experiences -among others traits. Not to mention that he does not forget the vagueness and open nature of those rules -whose key aspect is the semantic autonomy of language. Rules are important to the legalistic ideology because behind legalism a strongly normativist mindset lurks: namely, that the protection of individual autonomy will only be achieved when political power is subject to legal norms as “rules”. Therefore, as said, a *Law of Rules* is required as enabler to the *Rule of Law*. In my view, the most important feature in the current view of the rule of law is that its strong normativism does not entail a “fetichism of the rules”. The “Law game” is played primarily with rules because they enshrine its authoritative nature for social control. Nonetheless, that does not mean that the Law is *just* a matter of rules.

EIGHTH: Fort he constitutionalist ideology, principles are central in its conception of Law. There is an old debate on the “general principles of law” where the main

problems are related to their controversial “systematic nature” as well as those related to the authority they grant to the judge. Principles represent a loss of authority for the lawmaker and a severe challenge to the codification project. R. Dworkin’s and R. Alexy’s developments are paradigmatic examples of what I called the “modern principlism”. Alexy’s construction of principles as “optimization requirements” – despite the problems it entails, certainly seems more appropriate to address the constitutional approach. So I believe because firstly, in the Alexian scheme the idea of implementation of those rules is further developed, including the “weighting or balanced” process -as well as a procedural theory of argumentation; secondly, because it does not consider a hierarchical ordering of values and principles; thirdly, unlike Dworkin, Alexy does not establish an absolute primacy or precedence relation between individual rights and collective goods –no matter the consequences when limiting individual rights. Moreover, Alexy shows a genuine concern for the democratic principle and its place in his scheme. Finally, note that the image of the constitutionalized law is that of a “flexible law”. It stands firmly in the context of justification without having to forego its institutional dimension. Law is essentially: a practice of giving reasons, a discourse on the Law.

NINTH: Both ideologies stick to a normative or regulative approach to the Constitution. Therefore, they do not refer to a distinctively continental constitution of a legislative state where it was not considered binding law in any relevant sense of the term -much less guaranteed by a court. Instead, in the Rule of Law ideal proposed here –taken to its logical extreme, the legislative power is also subject to the constitutional content. The constitutional conception or model proposed by the legalistic ideology imposes a limit on the legal system: rights as negative limits on the legal order, so to say, negative limits to state action. The legitimacy of the legal system depends on 'respecting' those limits, respect for negative rights. As a result, an essentially “defensive” and “partial” constitutionalism arises: defensive because the limits established are negative limits; partial because it does not “interfere” in every social relation. The content of the legal system is relatively independent from the Constitution –particularly independent is the content of private law. One point I have made here is that legalistic ideology can be associated with “strong constitutionalism”

in terms of its institutional design, -judging by the goals this ideology claims to pursue. Such an institutional design includes a highly entrenched constitution, which is judicially guaranteed. In the famous controversy between “rights and democracy”, “judges and legislators”, etc., Legalism, in my opinion, takes the side of the former of those pairs of options. In this regard, legalism is presented as an intrinsically liberal ideology that becomes conservative. As Shklar noted, following M. Weber” “not only is Legalism hostile to any social reform but also to democracy in general”. The use of “perpetual clauses” [*coto vedado*] -although not required for this approach, will become feasible from legalism. Here, in my view, the judges will have to be the ultimate keepers or custodians of liberal principles.

TENTH: For constitutional ideology, the conception of constitution is different. A “rematerialized” Constitution will no longer be considered a “limiting Constitution” or “guarantor” but a “program” or “pathway” (*costituzione - indirizzo*) that is strongly supported by fundamental rights, principles and values. Here a legal order is the development of all the regulatory and axiological requirements of the Constitution. In this model, fundamental rights have an expansive strength that permeates and radiates the entire legal system: it is an extremely invasive Constitution able to discipline any aspect of social and political life. A legal system is legitimate not because it respects rights through limits or in a negative way but precisely because he developpe positively the regulatory requirements stemming from the rights (including social rights). No social sphere should be left out. Therefore, between Constitution and legal system there is not a sharp divide but a continuum. The *Drittwirkung* doctrine notes that the observance of fundamental rights also apply in the realm of Private Law. Thus, the independence of private law in relation to the Constitution is reduced. From constitutionalist ideology approach, as depicted here, democratic process is the key. Constitutional ideology do not overlook the question of legitimacy or political authority. Thus, I suggested that it is be closer to a “soft constitutionalism” institutional design: soft because the Constitution is not highly entrenched; or because the judicial review legislation has not been established -even when it has, the judge cannot say the ultimate institutional word on any dispute regarding the scope of the rights. However, that “softness” or “flow” proper of the relationship rights-democracy

makes more sense if we consider not only its engineering or institutional design but also how the elements involved are conceived. And this is particularly true with democracy -provided it is a deliberative democracy. Let me go further in this idea. If the constitutional entrenched, or a constitutionality monitoring mechanism for laws, has to interact in a deliberative democracy, which is oriented to the transformation and improving citizen preferences, then some arguments for “hard constitutionalism” may arise. An entrenched constitution can be used to ensure the, otherwise unprotected, deliberative process; if a simple majority can amend the constitution, should abocarse to obtain the required number of representatives to reflect the constitutional vision itself without discussion, without giving reasons. This would be contrary to the opposing view of the remaining citizens -deserving the same consideration and respect. On the basis of these assumptions, judicial review or constitutional justice’s main role may be monitoring the deliberative democratic process so that it is developed through suitable channels. Should this be the case, it would be better accomplished once the Constitution is considered a framework for citizens to decide their cluster of shared interests and common values.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AARNIO, Ailius, “¿Hay respuestas correctas para los casos difíciles? Observaciones sobre el razonamiento jurídico racional”, *Revista de las Cortes Generales*, Núm.53, 2001, pp. 200-222;
- AARNIO, Ailius, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico” *Doxa*, núm.8, 1990, pp. 23-38.
- AARNIO, Ailius, “Las reglas en serio” en: A. Aarnio, E. Garzón Valdés y J. Uusitalo, (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 27- 35
- ABENDROTH, Wolfgang, *et. al.*, *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986
- ABENDROTH, Wolfgang, “Der Demokratische und Soziale Rechtsstaat als Politischer Auftrag”, *Europäische Verlagsanstalt*, Frankfurt-Main, 1965 [trad. cast. de J. Puente Ejido, “El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político”, en: W. Abendroth *et. al.*, *El Estado social*, cit, pp., 11-42, por donde se cita]
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de L. Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2004
- ACKERMAN, Bruce, “The Storrs Lectures 1983: Discovering the Constitution”, *The Yale Law Journal*, núm. 93, 1984, pp. 1013-1072, pp.;
- ACKERMAN, Bruce, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, AA. VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de la constitucionalidad*, Madrid, CEC, 1991
- ACKERMAN, Bruce, *We the People*. Vol. 1, “Foundations”, Harvard University Press, 1991.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “Positivism y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 665-675.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 429-457,
- ALCHOURRON, C. E., *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, edición y estudio introductorio de J. J. Moreso y J. L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2010
- ALCHOURRÓN, Carlos E., y BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, (Library of Exact Philosophy, v. 5), Springer, Verlag-Wien, 1971, [tiene trad. al cast. de los propios autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 5ª reimp., 2006, por donde se cita]
- ALCHOURRÓN, Carlos, “On Law and Logic”, *Ratio Juris*, núm. 9, vol. 4, 1996 [trad. cast. de J. L. Rodríguez, “Sobre derecho y lógica”, *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 11-33, por donde se cita]
- ALEMANY, Macario “El Concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa*, núm. 28, 2005, pp. 265-303.
- ALEXANDER, Larry y SOLUM, Lawrence, “Popular Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, núm. 118, 2004-2005, pp. 1594-1640
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986 [trad. con estudio introductorio de C. Bernal Pulido *Teoría de los*

- derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2ª ed., en castellano, 2007, pp. 461 y ss. (la primera edición es de 1993 a cargo E. Garzón Valdés)]
- ALEXY, Robert, “Die Konstruktion von Grundrechte” en: L. Clérico y J. R. Sieckmann (comps). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2009 [trad. cast. L. Clérico y J. Sieckmann, “La construcción de los derechos fundamentales”, en: *Id.*, *La construcción de los derechos fundamentales*, ADHOC-Universidad de Buenos Aires, Bs. As, Argentina, 2010, pp. 20-37, por donde se cita]
- ALEXY, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002
- ALEXY, Robert, “Grundgesetz und Diskurstheorie” en: W. Brugger (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos [hay trad. cast. de A. Daniel Oliver, *Ley fundamental y teoría del discurso*, en: *Id.*, *La construcción de los derechos fundamentales*, cit., pp. 69-93, aquí pp. 92-3
- ALEXY, Robert, “Grundrechte in demokratischen Verfassungsstaat” en: A. Aarnio, R. Alexy, G. Bergholtz (eds.), *Justice, Morality and Society. Festschrift für Aleksander Peczenik*, Lund, 1997 [trad. cast. de A. García Figueroa “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático” en: M. Carbonell (comp.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, por donde se cita]
- ALEXY, Robert, “Individuelle Rechte und Kollektive Güter”, en: O. Weimberger (ed.), *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, t. I, 1989. [trad. cast. de J. Malem Seña, “Derechos individuales y bienes colectivos”, en: R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., pp. 179-208, por donde se cita]
- ALEXY, Robert, “La teoría del discurso y los derechos fundamentales” trad. cast. de C. Bernal Pulido, en: A. Menéndez y Erikssen, *La argumentación y los derechos fundamentales*, cit.
- ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, trad. de J. A. Portocarrero, *REDC*, núm. 91, 2011, pp. 11-29.
- ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de M. Atienza, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 139-155.
- ALEXY, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en: AA. VV., *Derechos sociales y ponderación*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009
- ALEXY, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsrechtbar und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL*, 61, 2002 [trad. cast. de C. Bernal, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria” en: *Id.*, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 43-92, por donde se cita]
- ALEXY, Robert, “Zur Struktur des Rechtsprinzips”, en: B. Schilcher *et. al.*, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, 2000 [trad. cast. de C. Bernal Pulido, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”

- Íd., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, cit. pp. 93-137, por donde se cita]
- ALONSO García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, prólogo de F. Rubio Llorente, Madrid, C.E.C., 1984
- ÁLVAREZ, Silvina, “La autonomía personal y la perspectiva comunitarista”, *Isegoria*, núm. 21, 1999, pp. 69-99,
- ÁLVAREZ, Silvina, “La autonomía personal”, en: E. Díaz y J. L. Colomer, *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 153-171.
- ÁLVAREZ, Silvina, *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, Madrid, CEPC, 2002
- ALZAGA VILLAMIL, Óscar, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid, Trotta, 2011.
- AMENGUAL COLL, Gabriel, *La moral como derecho. Estudio sobre la moralidad de la Filosofía del Derecho en Hegel*, Madrid, Trotta, 2001.
- ANGNER, Erik, *Hayek and Natural Law*, London-New York, Routledge, 2007.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J. “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 91-114 [ahora en: Íd., *De los derechos y del Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 28-72, por donde se cita]
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J. “Sulla tenzioni tra costituzionalismo e democrazia” en: *Diritti, procedure, virtù*, a cura di M. La Torre y A. Scerbo, G. Giapichelli Editore-Torino, 2005.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J., “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en: V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad Alcalá de Henares, 2002
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “¿Crisis del positivismo jurídico?: dos respuestas italianas”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, núm. 2., 1993, pp. 113-154
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, 2010.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Estado constitucional y producción normativa”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 24, 2011, pp. 17-35.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Ordenamiento jurídico y derechos humanos” en: J. J. Tamayo, *Diez palabras clave en derechos humanos*, Navarra, Ed. Verbo Divino, 2005, pp. 305-347, aquí pág.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación)*, Madrid, Dykinson, 1996
- ANSUÁTEGUI ROÍG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid, Dykinson, 2013.
- AÑÓN ROIG, María José, “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada” en: AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, “Teoría de la justicia y derechos fundamentales”, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2008.
- ARCOS RAMÍREZ, Federico, *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, prólogo de V. Zapatero, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid Dykinson, 2000.

- ARISTÓTELES, *La Política*, trad. de M. García Valdés, Madrid, Gredos, Biblioteca Grandes Pensadores, tomo II, 2011.
- ARJONA, César, “Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias”, *Doxa*, núm. 23, 2003, pp. 387-415.
- ARROW, Keneth J. *Social Choice and Individual Values*, New Haven, Yale University Press, 1963
- ARROW, Keneth J. y RAYNAUD, Hervé, *Social Choice and Multicriterion Decision-Making*, Boston, The MIT Press, 1986 [trad. cast. M. Pascual, *Opciones Sociales y Toma de Decisiones Mediante Criterios Múltiples*. Ed. Alianza. Madrid, 1989]
- ASÍS, Rafael de, “Democracia, constitución, derechos”, mimeo, 2002
- ASÍS, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad de Jaén, 1999
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, “Objeciones de principio: respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís”, *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 333-352
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico” en: Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M., Á. (eds.), *El positivismo jurídico a exámen. Estudios jurídicos en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006;
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Entrevista con Gregorio Peces-Barba”, *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 707-718
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “La dimension institucional del Derecho y la justificacion jurídica”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 115-130
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas” *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 101-120;
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación del poder*, Madrid, Trotta, 2000
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996
- ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 671-687
- ÁVILA, Humberto *Theory of Legal Principles*, Springer, Dordrecht, 2007.
- BACHOF, Otto, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, Paul Siebeck, 1959 [trad. cast. R. Bercovitz, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, por donde se cita]
- BAILYN, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, enlarged ed., 1992.
- BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 155-179.
- BARATTA, Alessandro “El Estado de Derecho. Historia del concepto y su problemática actual”, trad. de M. Barbero, *Sistema*, núm. 17-18, 1977, pp. 11-23
- BARRANCO AVILÉS, Ma. C., “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”, *Derechos y libertades*, núm. 9, 2000, pp. 65-92

- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVIII, 2001, pp. 205-226
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “Libertad”, en J. J. Tamayo, *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Navarra, Verbo Divino, 2005, p. 77-120
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “Los contenidos materiales en las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas núm. 1, Madrid, Dykinson, 1996
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2009
- BASILE, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas” en: E. García de Enterría y A. Priedieri (eds.), *La Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980
- BAYLES, Michael D., *Hart’s Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992
- BAYLIN, Bernad, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, (enlarged edition), 1992
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, “Why is legal reasoning defeasible? en: A. Soeteman (ed.), *Pluralism and law*. Dordrecht, Kluwer 2001, [trad. cast. “Por qué es derrotable el razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 2001, pp. 32-65, por donde se cita]
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991.
- BAYÓN, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 189-228
- BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en: F. Laporta., et., al, (eds.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo, controversia” en: C. Redondo y P. Navarro, *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica*, Gedisa, Barcelona, 2001
- BAYÓN, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. , pp. 87-117
- BAYÓN, Juan Carlos, “Razones y reglas. Sobre el concepto de razones excluyentes de Joseph Raz”, *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 25-66.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa*, núm. pp. aquí pág. 143-161,
- BEDAU, Hugo A., “Rule of Law”, en: T. Hoenderich (ed.), *The Oxford Guide of Philosophy*, Oxford, OUP, 2005

- BEDNER, Adrian, “An Elementary Approach to the Rule of Law”, *Hague Journal on the Rule of Law*, núm. 2, 2000, pp. 48-74
- BELL, Daniel, “Communitarianism”, *Stanford Encyclopaedy of Philosophy*, en línea: <http://plato.stanford.edu/entries/communitarianism/> [última consulta : 31/08/13]
- BENDA, Ernst, “Der soziale Rechtsstaat”, en: E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1994 [trad. cast. de A. López Pina, “El Estado social de Derecho”, en: E. Benda, et. al, *Manual de derecho constitucional*, 2a ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 487-559, por donde se cita]
- BENTHAM, Jeremy, *A Fragment of Government* (1776) [trad. cast. y est. preliminar de E. Bocado, *Un fragmento sobre el Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2003, por donde se cita]
- BENTHAM, Jeremy, *Anarchical Fallacies: Being an Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution* (1843) [trad. cast. de G. Hernández y M. Vancells, (ed. De J. M. Colomer), *Bentham, Antología*, Barcelona, Península, 1991, por donde se cita]
- BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General*, ed., H. L. A. Hart, London, Athlone Press, 1970
- BENZ, Arthur, *Der moderne Staat. Grundlagen der Politologischen Analyse*, Oldnborg-Verlag, München, 2008 [trad. cast. de J. M. Jiménez y E. von Carstenn-Lichterfelde, *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*, Madrid, CEPC, 2010, por donde se cita]
- BERLIN, Isaiah, “La contra-Ilustración”, trad. de F. González Aramburu, *El estudio adecuado de la humanidad*, México, FCE, pp. 141-168.
- BERLIN, Isaiah, “La rama doblada: Sobre el origen del nacionalismo”, aquí pág. 231.
- BERLIN, Isaiah, “Libertad” en: Íd., *Sobre la libertad*, edición de H. Hardy, (A. Rivero, editor en castellano), Madrid, Alianza, 2004.
- BERLIN, Isaiah, “Liberty”, en: Honderich, Ted, (ed.), *The Oxford Guide to Philosophy*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2nd edition, 2005.
- BERLIN, Isaiah, “Mi camino intelectual” cit., en: *Id.*, *El poder de las ideas*, ed. de H. Hardin, Espasa-Calpe, 2001.
- BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty” en: *Id.*, *Four Essays on Liberty*, Oxford, OUP, 1969 [trad. cast. de J. Bayón, “Dos conceptos de libertad”, en: *Id.*, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editoria, 1^a ed., Ensayo, 1998, pp. 215-280.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 225-238
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 3^a. ed., 2007
- BESSION, Samantha y MARTÍ, José Luis, “Law and Republicanism: Mapping the Issues” en: *Id.*, (eds). *Legal Republicanism*, Oxford, OUP, 2009

- BETEGÓN, Jerónimo, “Liberalismo, comunitarismo, derechos”, en: J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 41-65.
- BICKEL, Alexander *The least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Heaven, 1962
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE-CEPC, 1997
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. (La noción de la State Action en la jurisprudencia norteamericana)*, Madrid, McGraw-Hill, 1997
- BLACKSTOKE, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, (1753), cito por la edición con introducción de W. Morrison, London, Cavendish, 2001
- BOBBIO, Norberto “Kant y las dos libertades”, trad. de A. Ruiz Miguel, en: *Íd.*, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 3ª. ed. 2009, pp. 113-126.
- BOBBIO, Norberto, “ De la libertad de los modernos comparada con la de los posteriores”, trad. de A. De Cabo y G. Pisarello, en: *Íd.*, *Teoría General de la Política*, cit. pp. 293-322.
- BOBBIO, Norberto, “Ancora sul positivismo giuridico” en: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1951 [trad. cast. de E. Garzón Valdés: “Otras consideraciones acerca del positivismo jurídico”, en: *Íd.*, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, 9ª reimp., 2007, pp. 99-116, por donde se cita]
- BOBBIO, Norberto, “Formalismo jurídico y formalismo ético”, *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991
- BOBBIO, Norberto, “Formalismo” en *Íd.*, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, reimp. 2007.
- BOBBIO, Norberto, “Marx e la teoria del diritto”, *Sociología del Diritto*, V, fascículo 2, 1978, pp. 279-285 [trad. cast. de L. Cabbib Levi e I. Rosas Alvarado, “Marx y la teoría del Estado”, en: *Íd.*, *Ni con Marx ni contra Marx*, basado en la ed. de C. Violi, México, FCE, 1999, pp. 185-197, por donde se cita]
- BOBBIO, Norberto, “Marx e lo Stato”, publicado inicialmente como voz “Marxismo” en: N. Bobbio, N. Mateucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, Turin, Utet, 1983, pp. 634-640, [tiene trad. cast. de L. Cabbib Levi e I. Rosas Alvarado, “Marx y el Estado” en: *Íd.*, *Ni con Marx ni contra Marx*, basado en la ed. de C. Violi, México, FCE, 1999, pp. 132-147, por donde se cita]
- BOBBIO, Norberto, “Max Weber, el poder y los clásicos”, trad. de J. Fernández Santillán, en: *Íd.*, *Teoría General de la Política*,
- BOBBIO, Norberto, “Positivismo jurídico”, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1992.
- BOBBIO, Norberto, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Turin, 1985 [trad. cast. de J. Fernández Santillán, en: *Íd.*, *Estado, gobierno sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 2ª reimp., 1992, por donde se cita]

- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1990.
- BÖCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, “Grundrechtetheorie und Grundrechteinterpretation”, *NJW*, 1974 [trad. cast. de J. L. Requejo, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *Íd., Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 44-71, por donde se cita]
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, *Id., Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de A. Serrano, Madrid, Trotta, 2000
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” cit., pág. 48.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Zur Lage der Grundrechtsdogmtik nach 40 Jahren Grundgesetz”, 1989. [trad. cast. de I. Villaverde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de la Ley Fundamental” en: *Íd., Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pp. por donde se cita]
- BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía*, núm. 16, 2002, pp. 21-38.
- BRAGUE CAMANZANO, Joaquín, “Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn”, en: R. Smend, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. de J. Brague Camanzano, México, IJ-UNAM, 2005
- BRIGGS, Assa, “The Welfare State in historical Perspective”, *Archives Européennes de Sociologie*, II, 2, 1961, pp. 221-258
- BRYCE, James, *Constitutions*, Manhattan-New York, Oxford University Press, American Branch, 1901 [trad. cast. de P. Lucas Verdú, *Constituciones rígidas y constituciones flexibles*, Madrid, CEC., 1990, por donde se cita].
- BULLINGER, Martin, “El *Service Public* francés y la *Daseinsvorsorge* en Alemania”, *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2006, 2005
- BULYGIN, Eugenio y ALCHOURRON, Carlos, “The Expressive Conception of Norms” en: R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, Reidel, 1981, pp. 95-124 [hay trad. cast. de los propios autores: “La concepción expresiva de las normas” *Íd., Análisis lógico y derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, pp. 121-153]
- BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005
- BULYGIN,, “Prólogo” en: RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, C.E.P.C. 2002
- BURKE, Edmund, *Reflections on the French Revolution*, (1790) [trad. cast. con estudio preliminar de E. Tierno Galván, *Reflexiones sobre la revolución francesa*, Madrid, CEC, 1978.]
- CALSAMIGLIA, Albert, “¿Por qué es importante Dworkin?”, *Doxa*, pp. 159-165, aquí pág. 165.
- CALSAMIGLIA, Albert, “Postpositivismo”, *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 209-220
- CAMPBELL, Tom D., “The rights of the minors: as person, as child, as juvenile, as future adult” en: Ph. Alston, S. Parker y J. Symur, (eds.), *Children Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 1-23 [trad. cast. de M.

- Narváez Mora, “Los derechos del menor en tanto que persona, niño, joven y futuro adulto” en: I. Fanlo (comp), *Derechos de los niños*, cit., pp. 107-141, por donde se cita]
- CAMPS, Victoria, *El malestar de la vida pública*, Barcelona, Grijalbo, 1996.
- CAMPS, Victoria, *Paradojas del individualismo*, Barcelona, Crítica, aquí pág. 21 (cursivas mías).
- CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Colección Austral, 2ª ed., 1993
- CARACCILO, Ricardo, “Esistenza di norme e di sistemi normativi” en: P. Comanducci y R. Guastini (eds.) *Struttura e Dinamica dei Sistemi Giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996 [trad. cast. “Existencia de normas” *Íd. El Derecho desde la Filosofía. Ensayos*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 183-203]
- CARACCILO, Ricardo, “Una discusión sobre normas derrotables”, *Análisis filosófico*, núm. XX, pp. 87-100.;
- CARNELLUTI, Francesco, “La crisi della legge”, *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazioni in Italia*, núm. 22, 1939, pp. 424-431.
- CARRILLO CASTILLO, Lucy: “Hobbes y el concepto de Estado constitucional de Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 117, 2002, pp. 249-273
- CARRIÓ, Genaro R., “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en: *Íd., Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 1986, pp. 197-233
- CARRIO, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994
- CATTANEO, Mario A., *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, Giuffrè, 1962.
- CELANO, Bruno, “Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruiz Manero, ‘Ilícitos atípicos’”, en: *Íd., Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 171-191.
- CELANO, Bruno, “Defeseability y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables”, en: *Íd., Derecho, justicia, razones.*, cit.
- CELANO, Bruno, “Il diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 2001, pp. 1-58.
- CERRONI, Umberto, “La critica di Marx alla filosofia hegeliana del diritto pubblico”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXVIII, 1961, pp. 281-308 [trad. cast.: “La crítica de Marx a la filosofía hegeliana del Derecho Público, AA. VV., *Marx, el Derecho y el Estado*, traducción, introducción y adaptación de J. R. Capella, Barcelona, Libros Tau, 1969, pp. 2-48, por donde se cita]
- CHEMERINSKY, Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, núm. 3, 2004 [trad. cast. de C. Morales, “En defensa del control de constitucionalidad de las leyes. Los peligros del constitucionalismo populista” en: E. Chemerinsky y R. D. Parker, *Constitucionalismo popular*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011, pp. 61-96, por donde se cita];
- CHRISTMAN, Jonh (ed.) *The Inner Citadel. Essays on Individual Autonomy*, Oxford, OUP, 1989.

- CLARKE, Paul B., *Autonomy Unbound*, London, Ashgate, 1999.
- CLAVERO, Bartolomé, “Imperio de la ley, regla de derecho y tónica de la constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, 41-78
- COHEN, Joshua, “Deliberation and Democratic Legitimacy” en: A. Hamlin y P. Pettit (eds.), *The Good Polity*, Oxford, Blackwell, 1989 [trad. cast. de M. Melero, “Deliberación y legitimidad democrática, *Democracia, deliberación y diferencia*, Cuaderno Gris n.º 9, M. Melero (ed.), Ediciones UAM, 2007, pp. 127-145, por donde se cita].
- COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis, “Algunos apuntes sobre Kant y la libertad política”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 581-598
- COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Madrid, CEPC, 1995
- COLOMER, José Luis, “Autonomía y derechos humanos”, J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 139-187.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, *Isonomía*, núm. 16, 2002, pp. 89-112;
- COMANDUCCI, Paolo, “Principios e indeterminación del Derecho”, en *Íd.*, *Hacia una teoría analítica del Derecho*, con est.preliminar de R. Escudero Alday, Madrid, CEPC, 2010.
- CONSTANT, Benjamin, “De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes” (1819) [hay trad. cast. de M. L. Sánchez Mejía, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Escritos políticos*, Madrid, CEC, 1989, pp. 257-285]
- CONSTANT, Benjamin, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, (1815), [trad. cast. de M. L. Sánchez Mejía, “Principios de Política”, *Escritos políticos*, cit.]
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994
- COROMINES, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana* (1961), prólogo de J. A. Pascual, Madrid, Gredos, 2008.
- CORTINA, Adela, *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Madrid, Taurus, 1998
- COSTA, Prieto, “Derechos”, en: Fioravanti, Maurizio (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2004, pp. 45-64.
- COTARELO, Ramón, *Del Estado de bienestar al Estado del malestar*, 2ª. ed., Madrid, CEC, 1990.
- COTTERRELL, Roger, “The Problem of Creative Judge: Pound and Dworkin”, en *Íd.*, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction of Legal Philosophy*, Butterworths, London & Edinburg, 1989
- CRIMMINS, James E., “Bentham and Hobbes: An Issue of Influence”, *Journal of The History of Ideas*, núm. 2002, pp. 677-696
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, pp. 35-62

- CRUZ, Luis Manuel, *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005
- CUENCA, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Dikynson, 2000
- DAHL, Robert, “Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker”, *Journal of Public Law*, núm. 6, 1957, pp. 279-295
- DE DOMINGO, Tomás, “El problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del Derecho”, *Derechos y libertades*, núm. 11, 2002, pp. 251-289.
- DE GAULLE, Ch., “Discours prononcé à Bayeux, le 16 juin 1946”, en: *Discours et messages - Dans l'attente 1946-1958*, éd. Plon, 1974.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del Derecho*, México, IJ-UNAM, 2005
- DE LORA, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución” en: L. Martín Retortillo e. I. de Otto Pardo, *Derechos fundamentales y constitución*, Madrid, Civitas, 1988
- DE PÁRAMO, Juan Ramón, “El moralismo legal contraataca”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 571-580.
- DE PÁRAMO, Juan Ramón, *H. L. A., Hart y la teoría analítica del Derecho*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, Madrid, CEC, 1984.
- DE VEGA, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, AA. VV., *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, 2002, pp. 678-707.
- DE VEGA, Pedro, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, VV. AA., *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM-IJ, México 1992, pp. 409-427;
- DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- DEL VECCHIO, Giorgio, “Sui principi generali del diritto”, *Archivio Giuridico*, vol. LXXXV, 1921 [trad. de J. Osorio Morales y prólogo de F. Clemente de Diego, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 3ª. ed., 1971, por donde se cita]
- DENNINGER, Erhard, “La reforma constitucional en Alemania: entre la ética y la seguridad jurídica”, trad. de A. E. Pérez Luño, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, (1994), pp. 69-78
- DEVLIN, Patrick, *The Enforcements of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965 [trad. cast. de M. A. Ramiro, et. al., *La imposición de la moral*, Madrid, Dykinson, Colección Traducciones del IDHBC, 2010.].
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 102, 1998, pp. 129-159.

- DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984
- DÍAZ, Elías, “Carl Schmitt: la destrucción del Estado de Derecho”, *Revista de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003, pp. 27-56
- DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, en: J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., pp. 17-40
- DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema*, núm. 125, 1995.
- DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho”, E. Díaz y A. Ruíz Miguel, *Filosofía Política II*. cit., pp. 63-82.
- DÍAZ, Elías, “Sustancialización de lo colectivo y Estados totalitarios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1961.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, (1966), Madrid, Taurus, 9ª. ed., 2010 [La 1ª. ed. fue publicada en la Editorial Cuadernos para el Dialogo]
- DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution* (1885) [10ª ed., con introducción de E. C. Wade, London, Macmillan, 1979, por donde se cita]
- DIETZE, Gottfried, “Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany”, *Virginia Law Review*, vol. 42, núm. 1, 1956, pp. 1-22
- DIEZ DEL CORRAL, Luis, “Lorenz Von Stein y la monarquía española” en: STEIN, Lorenz Von, *Movimientos sociales y Monarquía*, Madrid, CEC, 1981, p. XVI y ss
- DIEZ-PICAZO, Luis, “Constitución, ley, juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pp. 9-23
- DOEHRING, Karl, “Sozialstaat, Rechtsstaat und Freiheitlich-Demokratische Grundordnung”, *Die Politische Meinung*, Bonn, Eichholz-Verlag, 1978 [trad. cast. de J. Puente Egido, “Estado social, Estado democrático de Derecho y orden democrático (prólogo de B. Heck) en: W. Abendroth et al., *El Estado social*, cit., aquí pp. 123-4].
- DORADO PORRAS, Javier, *La lucha por la constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVI*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, Madrid, CEPC, 2001.
- DREIER, Ralf, “Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten Juristischer Denkens im demokratischen Verfassungsstaat”, en: E. Dais, E. Jorgensen y A. E. Tay, (eds.) *Konstitutionalismus versus Legalismus*, ARSP-Beheft 40, 1991, pp. 85-.
- DWORKIN, Gerald, “Paternalismo” trad. de J. Malem, en: J. Betegón y J. R., de Páramo, *Derecho y moral. Ensayos Analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990
- DWORKIN, Ronald M., “Introduction: Law and Moral” en: *Íd.*, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006 [trad. de M. Iglesias e I. Ortiz, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007]
- DWORKIN, Ronald, “Do Liberal Values Conflict”, en: AA. VV. *The Legacy of Isaiah Berlin*, The New York Review of Books, 2001 [trad. de M. Iglesias e I. Ortiz, “El pluralismo moral”, *Íd.*, *La justicia con toga*, cit., pp. 123-134]

- DWORKIN, Ronald, “En alabanza de la teoría”, *Id.*, *La justicia con toga*, cit., pp. 63-88
- DWORKIN, Ronald, “Liberalismo” en: S. Hampshire *et. al*, *Moral pública y privada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- DWORKIN, Ronald, “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, num. 1, 1967, pp. 14-46. Posteriormente incluido en: *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckwort & Co. Ltd., 1977 [trad. cast. de M. Guastavino: “El modelo de reglas (I)”, en: DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 5ª reimpresión, 2002, por donde se cita]
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986
- DYZENHAUS, David, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press, 1997;
- EDMUNSON, William A., *An Introduction to Rights*, Cambridge, CUP, 2004
- ELSTER Jon, *Salomonic Judgements. Studies in in the Limitation of Rationality*, Cambridge, The Syndicate of the Press of the University of Cambridge, 1989, [trad. cast. de C. Gardini, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Barcelona, Gedisa, 2ª ed., 1995, por donde se cita]
- ELSTER Jon, *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Cambridge, CUP, 2000 [trad. cast. de J. Mundó, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002, por donde se cita]
- ELSTER, Jon “Introduction”, *Id.*, (ed.), *Deliberative democracy*, Cambridge, CUP, 1998. [trad. cast. de J. M. Lebrón, “Introducción”, en: ELSTER, Jon, *Democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 13-33, por donde se cita]
- ELSTER, Jon, “Don’t Burn Your Bridge Before You Come To It: Some Ambiguities and Complexities of Precommitment”, *Texas Law Review*, núm. 81, 2002-2003, pp. 1751-1787
- ELSTER, Jon, “Majority Rule and Individual Rights” en: S. Shute y S. Hurley (eds.), *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, New York, Basic Books, 1993 [trad. cast de H. Valencia, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en: S. Shute y S. Hurley (eds.), *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 165-199, por donde se cita]
- ELSTER, Jon, “The market and the forum: Three varieties of political theory”, en: J. Elster y A. Hyland (eds.), *Foundations in Social Choyce Teory*, Cambridge, CUP, 1986 [trad. cast. de M. Melero, “El mercado y el foro: tres formas de teoría política”, en: *Democracia, deliberación y diferencia*, cit., por donde se cita, aquí pp. 103-126]
- ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 3ª. reimp. 2000.
- ELSTER, Jon, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, CUP, 1979 [trad. cast. de J. J. Utrilla, *Ulises y las sirenas*.

- Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, 3ª. reimp., México, FCE, 2000, por donde se cita]
- ENDICOTT, Timothy O. A., *Vagueness in Law*, Oxford, OUP, 2000 [tra. cast. de A. Del Real Alcalá y J. Vega, *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, Colección Traducciones-IDHBC, Dykinson, 2007, por donde se cita]
- ESCUADERO, Rafael, *Positivismo y moral interna del Derecho*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, Madrid, CEPC, 2000.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Paul Siebeck, 1956 [trad. cast. de E. Valentí Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*, trad. de Bosch, Barcelona, 1961, por donde se cita]
- ESTEVE PARDO, José, “Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local”, *REDC*, núm. 31, 1991, pp. 125-147
- ESTEVE PARDO, José, “La doctrina alemana del derecho público durante el régimen nacionalsocialista. Crónica de un debate tardío”, *REDC*, pp. 171-179
- ESTEVEZ ARAUJO, José A., *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989
- ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre Particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000
- ESTRADA, Alexei Julio, *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, esp. pp. 42-72.
- FALLER, Hans-Joaquim, “Cuarenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán”, *REDC*, núm. 34, 1992, trad. de J. Nicolás, pp. 127-137
- FEINBERG, Joel, “Autonomy” en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales”, en *Íd.*, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1988.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema*, núm. 138, 1997, pp 101-117.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “La polémica Burke-Paine” en: G. Peces-Barba, R. De Asís, E. Fernández (eds.), *Historia de los derechos fundamentales*, siglo XVIII, vol. II, Madrid, Dykinson-IDHBC, 2001, pp. 369-417
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Madrid, Dykinson-IDHBC, 1997.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *REDC*, núm. 19, 1993, pp. 195-247.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 139-180
- FERNÁNDEZ, Eusebio “Estado, sociedad civil y democracia” en: AA. VV., *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 81-160
- FERRAJOLI, Luigi, “Beyond sovereignty and citizenship: a global constitutionalism”, R. Bellamy (ed.), *Constitutionalism, Democracy and*

- Sovereignty. American and European Perspectives*, Avebury Series in Philosophy, Hampshire-UK, 1996, pp. 151-160
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, trad. de M. L. Juanatey, *Doxa*, núm. 28, 2005, pp. 15-36
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, *El fundamento de los derechos fundamentales*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2005
- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 17, 2001, pp. 31-46.
- FERRAJOLI, Luigi, “Positivismo crítico, derechos y democracia”, *Isonomía*, núm. 16, 2002, pp. 7-20
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.
- FINEMAN, Martha Albert, *The Myth of Autonomy. A Theory of Dependency*, New York N.Y., New Press, 2004
- FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, [trad. cast. de M. Martínez Neira, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 4ª. ed., Madrid, Trotta, 2003]
- FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, [trad. cast. de M. Martínez Neira, *Constitución. Desde la antigüedad hasta nuestros días*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2007, por donde se cita].
- FOISNEU, Luc, “Hobbes y la autoridad de la ley”, trad. de A. Pelé y G. Saravia, *Derechos y libertades*, núm. 17, 2007, pp. 57-70.
- FORSTHOFF, Ernst, “Verfassungsprobleme des Sozialstaats”, *Schriften der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft*, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 2ª. ed., Münster, 1961 [trad. cast. de J. Puente Ejido, “Problemas constitucionales del Estado social”, en: W. Abendroth et. al., *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, pp. 45-67, por donde se cita]
- FORSTHOFF, Ernst, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, C. H. Beck, München, 1975 [trad. cast. de J. Puente Egido, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, en: W. Abendroth et. al., *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, por donde se cita]
- FORSTHOFF, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft*, C. H. Beck'sche, München, 1971 [trad. cast. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, CEP, 1975, por donde se cita]
- FRIEDMAN, Barry, “Mediated Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, núm. 101, 2003, pp. 2596-2636 [trad. cast. de M. Maxit, “Constitucionalismo popular mediado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, núm. 1, 2005, pp. 123-160, por donde se cita].
- FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, *Free to choose. A personal statement*, London, Secker & Warburg, 1980
- FULLER, Lon L., “Human Purpose and Natural Law”, *Journal of Philosophy*, num. 53, 1956, pp. 697-705.
- FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven-London, 1964 [trad. cast. de F. Navarro, *La moral del Derecho*, Trillas, México, 1967, por donde se cita]

- GALLIE, Walter Bryce, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56, (1956), pp. 167-198].
- GAMORRENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.
- GANT, Scott E., “Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution”, *Hasting Constitutional Law Quaterly*, num. 24, 1996-1997, pp. 359-440
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en *Íd.*, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 141-168
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, en: *Id.*, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 385-411.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre kelsen?” en: *Íd.*, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 385-441
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoria*, núm. 36, 2006, pp. 151-172
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derecho y racionalidad. La teoría de Josef Esser”, AA. VV., *Liber Amicorum. Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1988, pp. 549-57
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El liberalismo de Isaiah Berlin: la libertad, sus formas y sus límites”, *Derechos y libertades*, núm. 14, 2006, pp. 42-88.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Nazismo, derecho y filosofía del Derecho, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1991, pp. 341-361;
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas”, en *Íd.*, *El derecho y sus circunstancias*, cit., aquí pág. 169-205
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Íd.*, *El derecho y sus circunstancias*, cit.,
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 188-161.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, (Discurso de Ingreso a la Real Academia Española), Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso “Ontología y función de los mandatos de optimización”, en: R. ALEXY et al., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, *Diritto & Questione Pubbliche*, núm. 3, 2003, pp. 197-227
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Principios y derechos fundamentales” en: J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., aquí, pp. 235-268.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no-positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, prólogo de L. Prieto, Madrid, CEPC, 1998
- GARCÍA PELAYO, Manuel “Notas sobre la idea del Estado en la socialdemocracia clásica”, en *Íd.*, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 83-91.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, *Íd.* *Obras completas* tomo III, 2ª. ed., Madrid, C.E.P.C., 2009, pp. 3025-3039.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 42, 1947, pp. 44-88.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Notas sobre la idea del Estado en la socialdemocracia clásica”, en *Íd.*, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 2ª. Reimp. 1987, pp. 83-91.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, (1977) “El Estado social y sus implicaciones”, en *Íd.*, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 2ª. Reimp. 1987
- GARCÍA ROCA, Javier, “Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend. A propósito de un libro de Pablo Lucas Verdú”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, CEC, 1988, pp. 269-276
- GARGARELLA, Roberto y MARTÍ, José Luis, “La filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, (estudio introductorio) en: J. WALDRON, *Derechos y desacuerdos*, cit., pp. XII-XLVIII.
- GARGARELLA, Roberto, “El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”, en: M. Carbonell y L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, Trotta-IIIJ-UNAM, 2010, pp. 403-426
- GARGARELLA, Roberto, “El carácter igualitario del Republicanismo”, *Isegoria*, núm. 33, 2005.
- GARGARELLA, Roberto, “El embate comunitarista”, en *Íd.*, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.
- GARGARELLA, Roberto, “El surgimiento del constitucionalismo popular”, *Revista de Libros*, núm. 112, 2006.
- GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en: R. VÁZQUEZ (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 4ª reimp., 2006.
- GARGARELLA, Roberto, “La república deliberativa de José Luis Martí”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 257-266
- GARGARELLA, Roberto, “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, *Jueces para la democracia*, núm. 31, 1998, pp. 11-15.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996;

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, en: *Id.*, *Derecho, ética y política*, Madrid 1993
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Introducción” en: VV. AA., *Derecho y filosofía*, Barcelona, Editorial Alfa, 1985;
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “La naturaleza de la cosa” en: *Id.*, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, 1993, pp. 145-156, por donde se cita, (v. or. 1970).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “El imperio de la ley. Motivos para el desencanto”, *Jueces para la democracia*,
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Presentación: La concepción del Derecho en ‘El Derecho dúctil’”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII-XIV, 1996.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial en la ley fundamental de Bonn*, prologado por F. de Carreras, Madrid, CEC, 1994
- GAVARA DE LA CARA, Juan Carlos, *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el artículo 10.1 CE*, Bosch, Barcelona, 2011
- GIANFORMAGGIO, Lucia, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986
- GINSBURG, Tom, “The Global Spread of Constitutional Review”, en: K. E. Whittington, R. D. Keleman y G. A. Caldera, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, cit., pp. 81-99
- GOLDSMITH, Maurice M., “Hobbes on Law”, en: T. Sorell, *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge, CUP, 1996. [ahora en: C. Finkelstein (comp)., *Hobbes on Law*, pp. 3-34, por donde se cita]
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, “Legislative sovereignty and the rule of law”, *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge, CUP, 2010
- GÓMEZ ORFANEL, Germán, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, José, “Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI, 1989, pp. 135-149
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, José, *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, Madrid, Siglo XXI, 1989
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (Respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín)”, *Doxa*, núm. 21, vol. I, 1998, pp. 411-418.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Los presupuestos ontológicos del Derecho. (A propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la concepción estándar del Derecho)”, *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 369-395
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Acción y norma en H. Von Wright*, Madrid, CEC, pág.
- GONZÁLEZ VICEN, Felipe, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIV, 1969, pp. 15-65
- GUASTINI, Riccardo, “Derechos: una contribución analítica” trad. de A. Greppi, en: SAUCA CANO, J. M., (ed.) *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1994

- GUASTINI, Riccardo, “Derecho dúctil, Derecho incierto”, trad. de M. Gascón, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII-XIV, 1996, pp. 111-123.
- GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico italiano”, trad. de A. Lujambio, en: *Neoconstitucionalismo(s)* cit.
- GUASTINI, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, en *íd. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrar i Beltran, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 142-192
- GUASTINI, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, en *íd. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrar i Beltran, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 142-192
- GUASTINI, Riccardo, “Normas supremas”, trad. de J. Ferrer, *Doxa*, núm. 17-18, 1995, pp. 257-270.
- GUASTINI, Riccardo, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas axiológicas e interpretación”, *Análisis filosófico*, XXVI, Núm. 2, 2006, pp. 277-239
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, trad. de M. Carbonell, México, Fontamara-UNAM-IIIJ, 2001
- GUTMANN, Amy, “The Communitarian Critic of Liberalism”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, núm. 3, 1985, pp. 308-322.
- H. HONGJSU KOH y Ronald C. SLYE, “Democracia deliberativa y derechos humanos: una introducción” en: *Id.*, (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa 2001, por donde se cita pp. 15-34
- HÄBERLE, Peter, “El doble carácter de los derechos fundamentales: el aspecto de derecho individual y el institucional”, en *Id.*, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. J. Saligmann y C. Landa, Granada, Comares, 2003, pp. 123-200.
- HÄBERLE, Peter, “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica” trad. de F. Balaguer Callejón, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 2, 1999, pp. 4-46.
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskursstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Verlag, Frankfurt am Main, 1992 [trad. cast. y estudio preliminar de M. Jiménez Redondo, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 5ª ed., 2008, por donde se cita]
- HABERMAS, Jürgen, “¿Tiene aún la democracia una dimensión epistémica? Investigación empírica y teoría normativa” en: *Id.*, *Ay Europa!*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 136-185
- HABERMAS, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana”, en: F. OVEJERO, J. L. MARTÍ y R. GARGARELLA (comps.), *Nuevas ideas republicanas*. cit.,
- HABERMAS, Jürgen, “Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien”, *Die Neue Unübersichtlichkeit. Kleine politische Schriften*, t. V, Frankfurt, Verlag, 1984 [trad. cast. de R. García Cotarelo, “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”, en: *Id.*, *Escritos políticos*, Barcelona, Península, 1988, pp. 111-134 por donde se cita. Este trabajo fue leído en las Cortes

- Generales de España a invitación de su entonces Presidente, G. Peces-Barba]
- HABERMAS, Jürgen, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Fracfort, Suhrkamp, 1973 [trad. cast. de J. L. Etche, *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Madrid, Cátedra, 1999]
- Habermas, Jürgen, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main 1983, [trad. cast. de R. Cotarello, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2008]
- HAGUE, Josep, “Law and Defeseability”, *Artificial Intelligence and Law*, núm. 11, 2003, pp. 221-243.
- HART, H. L. A., “Are There Any Natural Rights”, *The Philosophical Review*, vol. 64, 1955, pp. 175-191 [trad. cast.: ¿Existen los derechos naturales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 37, CEP, Valparaiso, Chile, 1990, pp. 45-61, por donde se cita]
- HART, H. L. A., “Bentham and the desmitification of Law”, *The Modern Law Review*, núm. 36, vol. 9, 1973, pp. 2-17
- HART, H. L. A., “Commands and Authoritative Legal Reasons”, *Id.*, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, OUP, 1982 [trad. cast. “Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad” trad. de J. L. Pérez Triviño, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 83-105, por donde se cita].
- HART, H. L. A., “Introduction” to J. AUSTIN, *The Providence of Jurisprudence Determined*, (1832) [trad. cast., y est. preliminar de J. R. De Páramo, *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, CEPC, 2002, por donde se cita]
- HART, H. L. A., “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analitical Jurisprudence”, *Íd.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, OUP, pp. 265-277 [trad. cast. de J. J. Moreso “El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp., 109-123, por donde se cita]
- HART, H. L. A., “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analitical Jurisprudence”, *Íd.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, OUP, pp. 265-277. [trad. cast. de J. J. Moreso “El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp., 109-123]
- HART, H. L. A., “Law in the Perspective of Philosophy”, *New York University Law Review*, núm. 51, 1976 [trad. cast. de R. Tamayo y A. Ortíz, “El Derecho en la perspectiva de la filosofía: 1776-1976”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 33, 1978, pp. 313-329, por donde se cita]
- HART, H. L. A., “Legal Rights”, en: *Íd.*, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 162-193
- HART, H. L. A., “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 49, 1948-9, pp. 171-194
- HART, H. L. A., *Law, Liberty, Morality*, Standford, Standford University Press, 1963. [trad. cast. de M. A. Ramiro, *Derecho, libertad, moralidad*, Madrid, Dykinson, Colección Traducciones del IDHBC, 2006]
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 [trad. cast. de G. Carrió, *El concepto de Derecho* (1963), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, por donde se cita]

- HART, H. L. A., “Postscript” en *Íd.*, *The Concept of Law*, 2nd ed. J. Raz & P. A. Bullock (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1994 [trad. cast. de R. Tamayo y Salmorán, *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, México, IJ-UNAM, 2000]
- HART, H. L. A., *Definition and Theory in Jurisprudence. An Inaugural Lecture*, Oxford, The Clarendon Press, 1953 [tiene varias reimp. aquí se cita por la contenida en: *Íd.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 21-47, por donde se cita]
- HATTENHAUER, Hans, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts: zwischen Hierarchie u. Demokratie*, 2., überarb. u. erw. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe: Müller, 1981 [trad. cast. de M. Izquierdo Macías-Picavea, *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, 2^a. ed. refundida y ampliada, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, por donde se cita]
- HAYEK, Friedrich A., “Por qué no soy conservador”, en: *Íd.*, *Principios de un orden social liberal*, cit., pp. 103-129
- HAYEK, Friedrich A., “The Principles of a Social Liberal Order”, *Il Politico*, 1966 [trad. cast. *Principios de un orden social liberal*, y otros ensayos, 2^a ed., ampliada, Madrid, Unión Editorial, 2010, pp. 25-53, por donde se cita]
- HAYEK, Friedrich A., *Law, Legislation and Liberty*, 3 vols., (1973) [trad. cast. *Derecho, legislación y libertad. Una nueva reformulación de los principios liberales de la justicia y la economía política*, Madrid, Unión Editorial, 2006, por donde se cita]
- HAYEK, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 8^a. ed., 2008
- HAYEK, Friedrich A., *The Road of Serfdom*, Routledge Press, London, 1944 [trad. cast. de J. Vergara Dorcel, *Camino de servidumbre*, San José, Universidad Autónoma de Centroamerica, 1986]
- HAYEK, Friedrich von, “Contención del poder y desmitización de la política”, en *Íd.*, *Derecho, legislación, libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Madrid, 495-520
- HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago University Press, 1978
- HEGEL Friedrich G. W., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, (1820), [trad. cast. de J. L. Vermaal, *Principios de la filosofía del Derecho*, colección los libros de Sísifo, Ed. edhasa, Barcelona, 2^a ed., 1999, por donde se cita, (§141)]
- HELLER, Hermann, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, *Die Neue Rundschau*, 1929 [trad. cast. de S. Gómez en: *Íd.*, *Escritos políticos*, cit., pp. 283-301]
- HELLER, Hermann, *Europa und der Faschismus*, Berlín, 1929 [trad. cast. de F. J. Conde, “Europa y el Fascismo”, en: *Íd.*, *Escritos políticos*, cit., pp. 21-132].
- HELLER, Hermann, *Socialismus und Nation*, Berlín, Arbeiter-Jugend, 1925, [trad. cast. de S. Gómez Arteché a la 2^a ed. (1931): “Socialismo y nación”, *Íd.*, *Escritos políticos*, cit., pp. 135-223, por donde se cita]

- HERNANDEZ MARÍN, Rafael, “Las concepción estándar y la concepción realista del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XII, 1995, pp. 347-361
- HERNANDEZ MARÍN, Rafael, “Réplica a ‘los presupuestos ontológicos del Derecho’ de Daniel González Lagier” *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 397-410.
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales” en: E. Benda, *et al*, *Manual de derecho constitucional*, trad. de A. López Pina, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 83-115.
- HESSE, Konrad, *Verfassungsrecht un Privatrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988 [trad. cast. de I. Gutiérrez Gutiérrez, *Derecho constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995, por donde se cita]
- HEUSCHLING, Luc, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Daloz, Paris, (Prix de thèse du Groupe européen de droit public), 2002
- HIERRO, Liborio, “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, *Sistema*, núm. 46, 1982, pp. 45-61
- HIERRO, Liborio, “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa*, núm. 19, 1996
- HIERRO, Liborio, “El niño y los derechos humanos” en: I. Fanlo (comp.) *Derechos de los niños*, cit.
- HIERRO, Liborio, “Igualdad, generabilidad, razonabilidad y crisis de la ley”, *Doxa*, núm. 26, 2003.
- HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, 2ª. ed. revisada y abreviada, Madrid, Iustel, 2009
- HILL, Thomas E., “The Kantian Conception of Autonomy” en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., pp. 91-105
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, ed. by C. B. Macpherson, Baltimore, Penguin Books, 1968.
- HOHFELD, Wesley N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, núm. 23, 1913-194, pp. 16-59 [trad. cast. de G. R. Carrió, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, 3ª. ed., Fontamara, México, 1995, por donde se cita]
- HÖLLANDER, Pavel, “Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur?”, [trad. J. Sieckmann, “El principio de proporcionalidad ¿Variabilidad de su estructura?, J. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, cit.]
- HOLMES, Stephen, “Constitutionalism, democracy and desintegration” en: H. Hongju Koh y R. C. Slye, *Deliberative Democracy and Human Rights*, [trad. cast. de P. Bergallo y M. Alegre, “El constitucionalismo, la democracia y la desintegración”, en: H. Hongju Koh y R. C. Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa 2001, por donde se cita]
- HOLMES, Stephen, “The precommitment and the paradox of the democracy”, en: ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, CUP, 1988 [trad. cast. de M. Utrilla, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” en: J. Elster, y R. Slagstad (comps.), *Constitucionalismo y democracia*, México, FCE, 1999, pp. 217-262, por donde se cita]

- HOLMES, Sthepen, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1996 [trad. cast. de G. del Puerto, *Anatomía del Antiliberalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1999]
- HOLMES, Sthepen, y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, London-New York, Norton & Company, 1999.
- HONDERICH, Ted, *How Free Are You*, Oxford, OUP, 1995, [trad. cast. de A.-P. Moya, *¿Hasta qué punto somos libres? El problema del determinismo* Barcelona, Tusquets, Ensayo, 1995, por donde se cita]
- IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104.
- ILTING, Karl-Heinz, “La estructura de la ‘Filosofía del Derecho’ de Hegel”, en: VV. AA., *Estudios sobre la Filosofía del Derecho en Hegel*, G. Amengual Coll (ed)., Madrid, CEC., pp. 67-92.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURIST, “The Rule of Law in a Free Society” in: *The Rule of Law. A Report on the International Congress of Jurist, New Delhi, India*, Geneve, 1959
- JEFFERSON, Thomas, “Letter to James Madison (September 6, 1789)”, en: *Id.*, *Political Writings*, J. Appleby y T. Ball (eds.), Cambridge, CUP, 1999, pp. 593-598
- JIMENEZ BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La “Drittwirkung” en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986
- JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism and Non Judicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004, pp. 105-147
- KANT, Immanuel, ¿Qué es la Ilustración? en: *Íd.*, *Filosofía de la Historia*, trad. de E. Ímaz, México, FCE, 198.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (1785) trad. de M. García Morente, Madrid, Ed. Encuentro, 2003
- KAPLOW, Louis, “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992-1993, pp. 557-629.
- KAUFMANN, Matthias, *Recht ohne Regel? – Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitts Staats-und Rechtlehre*, Verlag, Munich 1988 [trad. cast. de J. Malem Seña, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt*, México, Fontamara, 1991, por donde se cita]
- KAUPER, Paul G., “The Supreme Court an the Rule of Law”, *Michigal Law Review*, 59, 1961.
- KELSEN, Hans, “Die Funktion der Verfassung”, (*Neues Forum*, vol. 132, (1964) [trad. cast. de E. Bein y corrección técnica de E. E. Marí, “La función de la Constitución”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, año IV, núm. 5, 2010, pp. 150-157]
- KELSEN, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, (1928) [trad. cast. de R. Tamayo y Salmorán (revisión de D. García Belaunde), “La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional), *Anuario Iberoamericano de*

- Justicia Constitucional*, trad. de la versión en francés (1928), núm. 15, 2011, pp. 249-300, por donde se cita]
- KELSEN, Hans, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, núm. 44, 1941-1942, pp. 44-70 [trad. cast. de J. J. Moreso, “La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 202-231, por donde se cita]
- KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925 [trad. cast. de L. Legaz y Lecambra, *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, S. L., 2002, por donde se cita]
- KELSEN, Hans, *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Julius Springer, Viena, 1930 [trad. cast. con estudio preliminar de J. A. García Amado, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997, por donde se cita]
- KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssatzs*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1911 [trad. cast. de la 2ª ed., alemana a cargo de W. Roces con notas y revisión de U. Schmill, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Porrúa-UNAM, 1987, por donde se cita]
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, Franz Deuticke, 1960 [trad. cast. de R. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, 15ª. reimp., México, Porrúa, 2007, por donde se cita]
- KRAMER, Larry D., “Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint”, *California Law Review*, núm. vol. 100, 2012, pp. 621-634.
- KRAMER, Larry D., “The Interest of Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy”, *Valparaiso Law Review*, núm. 41, 2006, pp. 697-754
- KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, OUP, 2004 [trad. cast de P. Bergallo, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, por donde se cita]
- KRAMER, Matew, *Objectivity and the Rule of Law*, Oxford, OUP, 2007
- KUKATHAS, Chandran y PETTIT, Philip, *John Rawls. A Theory of Justice and It's Critics*, Standford, Standford University Press, 1990 [trad. cast. de M. A. Rodilla, *La teoría de la justicia y sus críticos*, Madrid, Tecnos, 2004, por donde se cita, esp. cap. VI “La crítica comunitarista”];
- KUMM, Mathias, “Jenseits des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Grundrechtlicher Struktur-pluralismus im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten” [trad. cast. de D. Oliver-Lalana, “Más allá del principio de proporcionalidad. El pluralismo estructural de los derechos fundamentales en el derecho constitucional de los Estados Unidos, en: J. R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales.*, cit., pp. 273-296]
- KUMM, Mathias, Who Is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law in Germany, *German Law Journal*, núm. 7, vol. 4, (2006) [trad. cast. de C. Bernal, en: A. Menéndez y Erikssen, *La argumentación y los derechos fundamentales*, cit., pp. 151-183]

- KYMLICKA, Will, *Filosofía política contemporánea*, cit.,
- LA TORRE, Massimo, “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 28, 2013, pp. 25-38
- LA TORRE, Massimo, “Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos. Constitución y ‘Estado de Excepción’”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 24, II Época, 2011, pp. 45-65.
- LA TORRE, Massimo, “Institutionalism Old and New” *Ratio Iuris*, vol. 6, 1993, pp. 190-201
- LA TORRE, Massimo, “La comunita integrata: Rudolf Smend”, en: *Íd.*, *La crisi del novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, Edizione Dedalo, 2006, pp. 131-201
- LA TORRE, Massimo, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y Derecho en la obra de Hermann Heller”, trad. de A. Lastra en: Heller, Hermann, *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996, pp. 7-54;
- LA TORRE, Massimo, *La crisi del novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, Edizione Dedalo, 2006.
- LA TORRE, Massimo, *La lotta contro il diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milan, Giuffrè editores S.P.A., 1988 [trad. cast. de C. García Pascual, *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la doctrina nacionalsocialista del Derecho*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2008]
- LA TORRE, Massimo, *Law as Institution*, Springer, Dordrecht, 2010
- LA TORRE, Massimo; “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea” *RCEC*, núm. 16, 1993
- LAPORTA, Francisco, “Comunitarismo y nacionalismo”, *Doxa*, núm. 15-16, 1995, pp. 53-68.
- LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 459-484
- LAPORTA, Francisco, “Imperio de la ley. Apuntes sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *Doxa*, núm. 15-16, vol. I, 1994, pp. 133-145
- LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987.
- LAPORTA, Francisco, “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, núm. 52, 1983, pp. 23-43.
- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LASTRA, Antonio, “Thomas Paine y la idea de autoridad”, *Diàlegs: Revista d’Estudis Politics i Socials*, núm. 12, vol. 4, 2001, pp. 83-99
- LEGAZ Y LECAMBRA, Luis, “Presentación” a Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, Madrid, Editorial Reus-Revista de Derecho Privado, reimp. 2009
- LEITER, Brian, “Legal formalism and Legal Realism: What is the Issue?”, *Legal Theory*, núm. 16, 2006, pp. 111-133
- LEWIS, A. E. D., “Jonh Austin (1780-1859): Pupil of Bentham”, *The Bentham Newsletter*, núm. 2, 1979

- LIEBERMANN, David, “Jeremy Bentham: Biography and Intellectual Biography”, *History of Political Thought*, núm. XX, pp. ;
- LIST, Christian y GOODIN, Robert E., “Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem”, *The Journal of Political Philosophy*, v. 9, núm. 3, 2001, pp. 277-306
- LLAMAS CASCÓN, Ángel, *Los valores superiores como Ordenamiento material*, prólogo de G. Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993,
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, edición de C. Mellizo, Madrid, Alianza, 1990.
- LÓPEZ PINA, Antonio, “Epílogo: Hermann Heller y España”, en: HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, prólogo y selección de A. López Pina, Madrid, Alianza, 1985, pp. 337-382
- LÓPEZ PINA, Antonio, “Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller”, en: en: HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, prólogo y selección de A. López Pina, Madrid, Alianza, 1985, pp. 9-18;
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, 1955
- LUHMANN, Niklas, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München, Günter Olzog, Verlag, 1981 [trad. cast. e introducción de F. Vallespín, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, por donde se cita
- MACCORMICK, D. Neil, “Retórica y Estado de Derecho”, trad. de I. Lifante, *Isegoria*, núm. 21, 1999, pp. 5-21
- MACCORMICK, D. Neil, “Spontaneous Order and Rule of Law”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 35, 1985, pp. 65-70 [trad. cast. de F. Laporta, “Orden espontáneo e imperio de la ley. Algunos problemas”, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 309-327, por donde se cita]
- MACCORMICK, D. Neil, “The Ethics of Legalism”, *Ratio Juris*, núm. 2, vol. 2, 1989, pp. 184-193.
- MACCORMICK, D. Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007. [trad. cast. de F. Atria y S. Tschorne, *Instituciones del Derecho. Un ensayo de teoría del Derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2011, por donde se cita]
- MACCORMICK, Neil D., “Children’s Rights: a Test Case for Theories of Right”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXII, 1976, pp. 305-316 [cito por la trad. cast. de N. Torbisco, “Los derechos de los niños. Un test para las teorías de los derechos” en: F. Isabel (comp.), *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, pp. 61-76, por donde se cita]
- MACCORMICK, Neil D., “Constitucionalismo y democracia”, trad. de M. Carreras, *Anuario de derechos humanos*, núm. 5, 1988-1989, pp. 367-380
- MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue*, Notre Dame, Notre Dame University Press, 1981 [trad. cast. de A. Valcárcel, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 6ª. Reimp. 2009]
- MADISON, James, “Letter to Thomas Jefferson” (February 4, 1790) [trad. cast. de J. Nicolás Muñoz, “Carta a Thomas Jefferson sobre las generaciones (4 de

- febrero de 1790)” en *Id.*, *República y libertad*, CEPC, 2006, pp. 101-105, por donde se cita]
- MAGALDI, Nuria, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social*, Bogotá, Universidad Externado, Colombia, 2007.
- MÁIZ, Ramón, “De la superación del Estado a la dictadura del proletariado”, en: F. Vallespín (ed.), *Historia de la teoría política*, tomo IV, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 103-169.
- MALEM SEÑA, Jorge, “La relación entre Derecho y moral: la polémica Hart-Devlin”, en: *Id.*, *Estudios de Ética Jurídica*, México, Fontamara, 1996.
- MANIN, Bernard, “Délibération et discussion” *Revue suisse de science politique*, 2004, 10 (4).
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, CEPC, 2005
- MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992 [trad. cast. de M. M. Hurtado, *Interpretación y teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, por donde se cita]
- MARTÍ, José Luis, *La democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, prólogo de J. J. Moreso y R. Gargarella, Madrid, Marcial Pons, 2006
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de ‘Daseinsvorsorge’”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 35-65
- MARTÍNEZ DE PINSÓN, José, “La actitud marxista ante el Estado social”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XII, 1995, pp. 619-640
- MARTÍNEZ DE PINSÓN, José, “La crítica neoliberal al Estado social. Resumen y una valoración”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 243-270
- MARTÍNEZ ROLDÁN, “Valores y normas jurídicas”, *Derechos y libertades*, núm. 19, 2008, pp. 99-122
- MARTÍNEZ ROLDAN, Luis, “Valores y normas jurídicas”, *Derechos y libertades*, núm. 19, 2008, pp. 99-122.
- MARX, Karl, *Kritik des Gothaer Programms*, 1873. [trad. cast. “Crítica al programa de Gotha”, en: K. Marx y F. Engels, *Obras escogidas en dos tomos*, Editorial Progreso, Moscú, 1971, por donde se cita]
- MARX, Karl, *Kritik des Hegel’schen Rechtsphilosophie* (1843), Berlín, Verlag 1961 [trad. cast. de A. Encinares, *Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1974, con prólogo de A. Sánchez Vázquez, por donde se cita]
- MATEUCCI, Nicola, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, UTED, 1976 [trad. cast. de F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta-Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 1998]
- MAYNOR, Jonh W., *Republicanism in the Modern World*, Cambridge, Polity Press, 2003
- MCCARTHY, Thomas, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, 1978 [trad. cast. de M. Jiménez Redondo, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Madrid, Tecnos, 1999, esp. cap. IV]

- MEINEL, Florian, “Ernst Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law”, *German Law Review*, vol. 8, núm. 8, (2007), pp. 785-800
- MENDONCA, Daniel, “Exceptions” en: J. Ferrer y G. B. Ratti, *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford, Oxford, University Press, 2012.
- MILIBAND, Ralph, “Marx and State”, *The Socialist Review*, 1965, pp. 278-296 [trad. cast.: “Marx y el Estado”, en: AA. VV., *Marx, el Derecho y el Estado*, cit., pp. 49-76, por donde se cita]
- MILL, John Stuart, “Remarks on Bentham Philosophy” (1833) [trad. cast. de J. J. Moreso, “Observaciones sobre la filosofía de Bentham”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 147-164, por donde se cita]
- MILL, John Stuart, *On Liberty*, London-UK, 1859 [trad. cast. de C. Mellizo, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, por donde se cita]
- MONEREO PÉREZ, José Luis, “Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller (I)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 6, 2006, pp. 357-421
- MONEREO PÉREZ, José Luis, “Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller (II)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 379-420
- MONTESQUIEU, Charles Secondand, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de M. Blazquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1980
- MORENEO PÉREZ, José Luis, “La ‘jurisprudencia sociológica’ de Roscoe Pound: la teoría del derecho como ingeniería social”, en: Pound, Roscoe, *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares, 2004
- MORESO, José Juan, “Acerca de los fundamentos del Constitucionalismo” *Íd.*, *La constitución modelo para armar*, cit., pp. 145-150, aquí pág. 146).
- MORESO, José Juan, “Alexy sobre la aritmética de la ponderación”, en R. Alexy *et. al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2004.
- MORESO, José Juan, “Lenguaje jurídico”, en: E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2000, pp.105-116
- MORESO, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, C.E.P.C., 1997
- MORESO, José Juan, *La teoría del derecho de Bentham*, Barcelona, PPU, 1992
- MORESO, Juan José, “Derechos y justicia constitucional imperfecta”, *Discusiones*, núm. 1, pp. 15-51
- MORESO, Juan José, “El alcance del pre-compromiso”, *Discusiones*, núm. 1 [ahora en: *Íd.*, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 137-144, por donde se cita]
- MORTATI, Constantino, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1940 [trad. cast. con estudio preliminar de A. Bergareche, *La constitución en sentido material*, (epílogo de G. Zagrebelsky), Madrid, CEPC, 2000, por donde se cita].

- MUGUERZA, Javier, “Habermas en el ‘Reino de los Fines’. (Variaciones sobre un tema kantiano)”, en: E. Guisán, *Esplendor y miseria de la Ética Kantiana*, Barcelona, Antropos, 1988.
- MÜLLER, Friederich, “Acerca de la estructura de las normas jurídicas”, trad. de L. Villacorta, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, Madrid, 1988, pp. 111-126
- MURPHY, Mark C., “Was Hobbes a Legal Positivist?”, *Ethics*, núm. 105, pp. 846-873 [ahora también en: C. Finkelstein (comp.), *Hobbes on Law*, Philosophers and Law Series, Ashgate, UK, 2005, pp. 35-62, por donde se cita.]
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, CEPC, 2000
- NARVÁEZ MORA, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, prólogo de J. J. Moreso, Madrid, Marcial Pons, 2004
- NELSON, W. E., *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Kansas, University of Kansas Press, 2000
- NIEMEYER, Gerhart, “Vorwort” en: Heller, Hermann, *Staatslehre*, Sijthoff, Leiden, 1934, [trad. cast. de L. Tobio, “Prologo” en: HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, FCE, (1942), 6ª. reimp. 1971, por donde se cita]
- NINO, Carlos S., “Sobre los derechos morales”, *Doxa*, pp. 311-325.
- NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997
- NINO, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, AA. VV., *La autonomía personal*, cit., pp. 33-81.
- NINO, Carlos Santiago, “El nuevo desafío comunitarista”, en *Íd.*, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, Moral, Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994,
- NINO, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, Madrid, CEC, 1982
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.
- OFFE, Claus, “Arbeit als soziologische Schlüsselkategorie?”, 1982 [trad. cast. de J. Nicolás Muñiz, “¿Es el trabajo una categoría social clave?”, *Íd.*, *La sociedad del trabajo*, cit., aquí pp. 17-51, por donde se cita]
- OFFE, Claus, “Zu einigen Widersprüngen der modernen Sozialstaates”, en: *Íd.*, *Arbeitsgesellschaft: Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven*, Frankfurt-Main, Verlag, 1984 [trad. cast. de J. Nicolás Muñiz, “Algunas contradicciones del moderno Estado social”, *Íd.*, *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 371-389, por donde se cita]
- OFFE, Claus, “Zu einigen Widersprüngen der modernen Sozialstaates”, *Íd.*, *Arbeitsgesellschaft. Strukturprobleme und Zukunftperspektiven*, Frankfurt-Main, Verlag, 1984 [trad. cast. de J. Nicolás Muñiz: “Algunas contradicciones del moderno Estado social”, en: *Íd.*, *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectiva de futuro*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 371-389, por donde se cita]

- OLIVECRONA, Karl, “Bentham’s Veil of Mystery”, *Current Legal Problems*, núm. 31, 1978 [trad. cast. de J. J. Moreso, “El velo de misterio de Bentham”, en: P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 165-177, por donde se cita]
- ORZA LINARES, Ramón María, *Fundamentos de la democracia constitucional: Los valores superiores del ordenamiento jurídico*, prólogo de P. Lucas Verdú, Granada, Comares, 2003
- OVEJERO LUCAS, Felix, “¿Deliberación en dosis?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 324-332.
- OVEJERO, Felix, “Republicanismo: el lugar de la virtud”, *Isegoria*, núm. 33, 2005, pp. 99-125.
- OVEJERO, Felix, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Buenos Aires, Katz, 2008
- OVEJERO, Félix, *La libertad inhóspita. Modelos humanos y modelos de democracia*, Barcelona Paidós, 2002
- PASSERIN D’ENTRÈVES, Alessandro, *The Notion of State: An Introduction to Political Theory*, Oxford, OUP, 1967 [hay trad. cast. de A. Fernández Galiano: *La noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política*, Barcelona, Ariel, 2001, por donde se cita]
- PAINE, Thomas, “The Rights of Men part II” en: *Id.*, *Political Writings*, B. Kuklick (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1989
- PALLOMBELLA, Gianluigi, “The Rule of Law and Its Core”, en: G. Pallombella y N. Walker, *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, 2009, pp. 17-42.
- PANNAM, Clifford L., “Professor Hart and the Analytical Jurisprudence” *Journal of Legal Education*, vol. 16, núm. 4, 1963-1964, pp. 379-404. 1975 [hay trad. cast. de D. Papayannis y L. Ramírez, “El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, núm. 12, 2008, pp. 67-98, por donde se cita]
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Constitución y valores del ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, prólogo de E. García de Enterría, Madrid, Civitas, 1983
- PARKER, Richard, “Here The People Rule. A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review*, núm. 23, 1993, pp. 531-584 [trad. cast. de C. Morales de Setien, “Aquí el pueblo gobierna. Un manifiesto populista constitucional” en: E. Chemerinsky y R. D. Parker, *Constitucionalismo popular*, cit., pp. 97-191, por donde se cita].
- PATTEN, Alan, “The Republican Critique of Liberalism”, *British Journal of Political Science*, núm. 26, 1996 [hay trad. cast. de S. Girón, “La crítica republicana al liberalismo” en: F. Ovejero, J. L. Martí y R. Gargarella (comps.), *Nuevas ideas republicanas.*, cit., pp. 235-262, por donde se cita]
- PAULSEN, Michael S., “The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What The Law Is”, *The Georgetown Law Journal*, núm. 83, 1994, pp. 217-345
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, CEC., 1992.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y libertades*, núm. 6, 1998, pp. 15-34
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “El paso del Estado absoluto al Estado liberal en la ilustración”, en: V. Zapatero (coord.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje al profesor Luis García San Miguel*, Alcalá, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, vol. 2, pp. 621-652.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Ética pública y Ética privada”, *Anuario de Filosofía del Derecho*,
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Orígenes doctrinales del socialismo democrático”, *Anuario de la “Residencia Fernández de los Ríos”*, 1995-1996, pp. 219-238
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Prólogo”, SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Valores superiores”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo IV, 1987, pp. 373-388
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. De Asís, A. Llamas y C. Fernández Liesa, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Diez lecciones de Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La elaboración de la Constitución de 1978*, C.E.C., Madrid, 1988.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los valores superiores*, 1ª. reimp., Madrid, Tecnos, 1986
- PECES-BARBA, Gregorio, “De la miseria del hombre a la dignidad humana”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 84, 2007, pp. 167-180.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana, AA. VV., *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2005, pp. 15-36.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, *Íd, Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, Universidad Complutense, 1988, pp. 227-264.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Transito a la modernidad y derechos fundamentales”, en: G. Peces-Barba y E. Fernández (dirs.) *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid-IDHBC, Dykinson, 2003, pp. 215-263.
- PECES-BARBA, Gregorio, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, (en colaboración con L. Prieto Sanchís), Valencia, Fernando Torres Editor, 1984
- PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad humana desde la filosofía del Derecho*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2002.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y DORADO PORRAS, Javier, “Derechos sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en: G. Peces-Barba, E. Fernández y

- R. De Asís (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, siglo XVIII, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2001.
- PECKZENIC, Aleksander, “Los principios jurídicos según Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa*, núm. 12, 1992, 327-331
- PELÉ, Antonio, *Filosofía e Historia en el fundamento de la dignidad humana*, Universidad Carlos III de Madrid-IDHBC, 2006, esp. cap. IV: “El florecimiento de la dignidad humana en Kant”.
- PENDAS GARCÍA, Benigno, *J. Bentham: política y derecho en los orígenes del Estado constitucional*, Madrid, C.E.C., 1988
- PEÑA, Javier, “La consistencia del republicanismo”, *Claves de Razón Práctica*, no. 187, 2008, pp. 34-41
- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *La polémica liberal-comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Madrid, Dykinson, Cuadernos del IDHBC, 2005;
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Los principios generales del Derecho: un mito jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, 1997, pp. 9-24.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Los derechos fundamentales*, 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 1998
- PÉREZ-LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 5ª ed., 1995
- PÉREZ-LUÑO, Antonio E., (“El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos” en: G. Peces-Barba et. al., (eds.) *Historia de los derechos fundamentales*, t. II. v. II., Madrid, IDHBC-Dikynson, 2001, pp. 451-483.
- PETTIT, Philip, “Liberalismo y republicanismo”, en: F. Ovejero, J. L. Martí y R. Gargarella (comps.), *Nuevas ideas republicanas.*, pp. 115-135.
- PETTIT, Philip, *A Theory of Freedom. From Psychology to Political Action*, Cambridge, Polity Press, 2001 [trad. cast. de G. Cantarena, *Una teoría de la libertad. De la psicología a la acción política*, Madrid, Losada, 2006, por donde se cita]
- PETTIT, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. de T. Domènech, Barcelona, Paidós, 1999
- PICÓ, Josep, *Teorías sobre el Estado de bienestar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 2ª ed., 1991
- PINTORE, Ana, “Kelsen democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, trad. J. A. Pérez Lledón, *Doxa*, pp. 119-144
- PISARELLO, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho. (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, *Sistema*, núm. 144, 1998, pp. 97-106
- PISARELLO, Gerardo, “Vindicación de Paine”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, 1999, pp. 233-263.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- POCOCK, J. G. A, *El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, (1978) trad. M. Vázquez y E. García, Tecnos, Madrid, 2002.
- POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 2006.
- POSCHER, Ralf, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, [trad. cast. de D. Oliver-Lalana, “Aciertos y errores y

- falso autoconcepto de la teoría de los principios” en: J. R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 71-92, por donde se cita]
- POSNER, Richard, “The People’s Court”, Larry D. Kramer ‘The People Themselves’ Book Review”, *The New Republic*, 10 de Julio de 2004, pág. 32. Cito por la versión disponible en: <http://www.new-republic.com/article/the-peoples-court> [última consulta 03/12/2013].
- POST, Robert & SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review*, núm. 92, 2004, pp. 1027-1044
- POST, Robert & SIEGEL, Reva, “ Democratic Constitutionalism: A Reply to professor Barron”, *Harvard Law & Policy Review*, núm. 1, 2006 [trad. cast. de P. Bergallo, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013].
- POSTEMA, Gerald J., *Bentham and The Common Law Tradition*, Oxford, OUP, 1986
- POUND, Roscoe, “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, *Tulane Law Review*, vol. 7, núm. 4, 1933.
- POUND, Roscoe, “Legislation as Social Function”, *American Journal of Sociology*, núm. 6, vol. 18, (1913), pp. 755-768.
- POUND, Roscoe, “My Philosophy of Law”, en: *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, J. Rosenthal Foundation, Northwestern University, 1941 [trad. de P. Casanovas, “Mi filosofía del Derecho” en: P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 303-314, por donde se cita]
- POUND, Roscoe, “The need of a Sociological Jurisprudence”, *Green Bag*, v. 19 (1907), pp. 607-615;
- POZEN, David E., “Judicial Elections as Popular Constitutionalism”, *Columbia Law Review*, núm. 110, 2010, pp. 2047-2134
- POZEN, David, “Popular constitutionalism, Civi Education, and the Stories We Tell Our Childrens” *The Yale Law Journal*, núm. 118, 2009, pp. 948-1001.
- POZZOLO, Susana, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli Editori, 2001, [trad. cast. de VV. AA., *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra Editores, 2011, por donde se cita]
- PREUSS, Ulrich K., “The Concept of Rights and the Welfare State”, en: G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1988, pp. 151-172
- PRIETO NAVARRO, Evaristo, *Jürgen Habermas. Acción comunicativa e identidad política*, Madrid, CEPC, 2003.
- PRIETO, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm.1, 1994. [ahora en *Íd.*, *Ley, principios, derechos*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 1997]

- PRIETO, Luis, “Del mito a la decadencia de la ley”, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson-IDHBC, 1997
- PRIETO, Luis, “Dúplica a los profesores Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 315-325
- PRIETO, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 429-468;
- PRIETO, Luis, “Los principios generales del Derecho” en *Íd.*, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005
- PRIETO, Luis, “Los valores superiores del Ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, núm. 11, 1984, pp. 83-90.
- PRIETO, Luis, “Sobre la separación entre Derecho y Moral y otras cuestiones relativas a los principios. Réplica a José Antonio Ramos Pascua”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, 1993, pp. 545-553.
- PRIETO, Luis, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones” en *Íd.*, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 101-136.
- PRIETO, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997
- PRIETO, Luis, *Estudios de derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1991.
- PRIETO, Luis, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Trotta, 2003
- PRIETO, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992
- RADBRUCH, Gustav, *Vorshule des Rechtsphilosophie*, 1948 [trad. cast. de W. Roses, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, FCE, 4ª ed., de 1978, por donde se cita]
- RAILTON, Peter, “Ideology”, en: Honderich, Ted, (ed.), *The Oxford Guide to Philosophy*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2nd edition, 2005
- RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, “A vueltas con el moralismo legal”, estudio introductorio a la traducción al castellano de: DEVLIN, Patrick, *The Enforcements of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965 [trad. cast. de M. A. Ramiro, *et. al.*, *La imposición de la moral*, Madrid, Dykinson, Colección Traducciones del IDHBC, 2010.]
- RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, *Derechos y libertades*, núm. 15, 2006, pp. 211-256.
- RAWLS, John, “Justice as Fairness”, *Philosophy and Public Affairs*, v. 13, núm. 3, 1985, pp. 223-239, aquí pág. 230 [trad. cast. de M. A. Rodilla, “La justicia como equidad” en: J. Rawls, *La justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1999]
- RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós, 2001
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993 [hay trad. cast. de A. Domenèch, *El liberalismo político*, Barcelona Crítica, 1ª reimp. de la Edición de Bolsillo, 2006, por donde se cita]
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971 [trad. cast. de M. Dolores González, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 6ª. reimp., 2006, por donde se cita]
- RAZ, Joseph “The Rule of Law and its virtue”, *The Law Quarterly Review*, vol. 93, 1977 [trad. cast. de R. Tamayo y Salmorán, “El Estado de derecho y

- su virtud”, *Íd., La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, IJJ-UNAM, 2ª. ed., 1982, pp. 263-285]
- RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, en. M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, pp. 73-87.
- RAZ, Joseph, “Liberating Duties”, *Law and Philosophy*, núm 8, 1989, pp. 3-21 [trad. cast. de C. Melón, “Independizar a los deberes”, en Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona Gedisa, 2001, pp. 42-56, por donde se cita]
- RAZ, Joseph, “The politics of Rule of Law”, *Ratio Juris*, núm. 3, 1990, pp. 331-339 [trad. cast. de M. L. Melon “La política en el Estado de Derecho”, en: *Id., La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 395-404, por donde se cita]
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975 [trad. cast. de J. Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Madrid, C.E.C., 1991, por donde se cita]
- Raz, Joseph, *The Concept of Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 2ª ed., 1980 [“Sobre la individualización de las disposiciones jurídicas” en *Íd., El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, México, IJJ-UNAM, 1986, por donde se cita, pp. 95-120]
- REDONDO, Maria Cristina, “Razones y normas”, en: A. García Figueroa (coord.), *Racionalidad y derecho*, Madrid, CEPC, 2006, pp. 73-104.
- RIKER, William H., *Liberalism against populism: A confrontation between the theory of Democracy and the theory of social choice*, Oxford, Freeman, 1982
- RITTER, Joachim, “Moralidad y eticidad. Sobre la confrontación de Hegel con la ética kantiana” en: VV. AA., *Estudios sobre la Filosofía del Derecho en Hegel*, cit.
- RIVERO, Ángel “Republicanismo y neo-republicanismo” *Isegoria*, núm. 33, 2005, pp. 5-17.
- RODGERS, Daniel T., “Republicanism: the Career of a Concept”, *The Journal of American History*, vol. 79, 1992, pp. 11-38
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *Los principios generales del Derecho*, prólogo de M. Segura Ortega, Universidad de Santiago de Compostela, 2008
- RODRÍGUEZ PALOP. María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2005
- RODRIGUEZ URIBES, José Manuel, “Rousseau: Estado de Derecho, democracia y derechos”, en: G. Peces-Barba, E. Fernández y R. de Asís (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, siglo XVIII, v. II, (La filosofía de los derechos humanos), Madrid, Dykinson-IDHBC, pp. 249-295.
- RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, *Sobre la democracia en Jean-Jacques Rousseau*, prólogo de E. Fernández, Madrid, Dykinson-IDHBC, 1999.
- RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000

- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, prólogo de E. Bulygin, Madrid, CEPC, 2002
- ROSENKRANTZ, Carlos, “El valor de la autonomía” AA. VV., *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992, pp. 11-29.
- ROSS, Alf, “TÛ-TÛ”, *Harvard Law Review*, núm. 70, 1956-1957, pp. 812-825 [trad. cast. de G. R. Carrió, *TÛ-TÛ*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, por donde se cita].
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Keagan Paul, London, 1969 [trad. cast. de de J. Hierro, *Lógica de normas*, Madrid, Tecnos, 1971, por donde se cita]
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del Contrato social*, (1762) trad.de M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 4a. reimp. 2005
- RUBIO CARRACEDO, “El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant”, en: E. Guisán (ed.), *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, Barcelona, Antropos, 1988, pp. 29-74
- RUBIO CARRACEDO, “Rousseau en Kant”, en: J. Muguerza y. R. Aramayo, *Kant después de Kant*, Madrid, Tecnos, 1988.
- RUBIO CARRACEDO, José, “Kant y Rousseau. Una relación proteica”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 133, 2006, pp. 9-37
- RUIPÉREZ, Javier, “Hermann Heller marcha hacia el exilio. (Un ensayo de teoría del pensamiento político y constitucional)”, *Revista de Derecho Político*, UNED, 551-624
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 51-79
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Creación y aplicación judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t., I, nueva época, 1984, pp. 7-31.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Derecho y punto de vista moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”, *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 95-114.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La socialdemocracia” en: F. Vallespín, *Historia de la teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 212-261.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Para una teoría jurídica de los derechos humanos”, en: AA. VV., *El Derecho en red. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, IDHBC-Dykinson, 2002, 441-464
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Positivismo ideológico e ideología positivista”, en: J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla, (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, pp. 457- 479.
- RUÍZ RUÍZ, Ramón, *La tradición republicana. Renacimiento y ocaso del republicanismo clásico*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Dykinson, 2006
- RUIZ, MIGUEL, Alfonso, “Lo no deliberable de la democracia deliberativa”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, pp. 347-356
- RUSSEL, Bertrand “Vagueness”, *Australasian Journal of Psychology and Philosophy*, núm. 1, 1923, pp. 84-92
- SAGER, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004 [trad. cast. de A. Torres, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica*

- constitucional norteamericana*, (con estudio introductorio de V. Ferreres), Madrid, Marcial Pons, 2006, por donde se cita]
- SANCHEZ-CUENCA, Ignacio, *Mas democracia, menos liberalismo*, Madrid, Katz, 2010.
- SANDEL, Michael, “Morality and the Liberal Ideal”, *The New Republic*, 1984, pp. 15-17.
- SANDEL, Michael, “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, *Political Theory*, vol. 12, núm. 1, 1984 [trad. cast. “La república procedimental y el yo desvinculado”, en: R. Gargarella, F. Ovejero, J. L. Martí, *Nuevas ideas republicanas*, cit., aquí pp. 75-92.]
- SANDEL, Michael, *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge, CUP, 1982, [trad. cast. de M. L. Melón, *Liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000, por donde se cita]
- SARTOR, Giovanni y PRAKKE, Henry, “The Tree Faces of Defeasibility in Law”, núm. 17, vol. 1, 2004, pp. 118-139, aquí pág. 119.
- SARTOR, Giovanni, “Defeasibility in Legal Reasoning”, en: J. Ferrer y G. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, cit., aquí pág. XX
- SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGrawHill, 1999
- SCARPELLI, Uberto, “Dalla legge al codice, dal codice al principi” *Rivista di Filosofia*, núm. 78, 1987.
- SCARPELLI, Uberto, *Cos’è il positivismo giuridico*, (1965), ed. de A. Catanea y M. Jori, Roma, Editoriale Scientifiche Italiane, 2008.
- SCHMITT, Carl, “Die Tyrannei der Werte” en: *Skäularisation and Utopie Ebracher Studien. Festschrift für Ernst Forsthoff*, Stuttgart, W.Kohlhammer-Verlag, 1967 [trad. cast. de A. Schmitt de Otero, “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 1961, pp. 65-81, por donde se cita]
- SCHMITT, Carl, “Freiheitsrecht und institutionelle Garantien der Reichsverfassung” (1931) [trad. cast. de M. Herrero, “Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich”, en: *Íd.*, *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012, por donde se cita]
- SCHMITT, Carl, “Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens” (1934), [trad. cast. de M. Herrero, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, en: *Íd.*, *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012, por donde se cita]
- SCHMITT, Carl, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, ed. by George Schwab, Cambridge, MIT Press, 1988, p. 10.
- SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität* (1932), Duncker & Humblot, Berlín, 1988 [trad. cast. de C. Monereo Atienza, *Legalidad y legitimidad*, Granada, Ed. Comares S. L., 2006]
- SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928 [trad. cast. de F. Ayala, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2ª reimp, 1996, por donde se cita]
- SCHOFIELD, Philip, “Jeremy Bentham: Legislator of the Word” *Current Legal Problems*, núm. 51, 1998, pp. 115-147;

- SEGAL, A. Jeffrey, “Judicial Behavior” en: K. E. Whittington, R. D. Keleman y G. A. Caldera, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, OUP, 2008.
- SHAPIRO, Scott, “The Hart-Dworkin Debate. A Short Guide for the Perplexed”, en: A. Ripstein (ed.), *Contemporary Philosophy in Focus*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- SHAUER, Frederick, “La categorización en el Derecho y en el mundo”, trad. de J. A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 28, 2005, pp. 307-320
- SHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, OUP, 1991 [trad. cast. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004, por donde se cita.]
- SHAUER, Frederick, *Thinking like a lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 2009 [trad. cast. de Tobías J. Schleider, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2013, por donde se cita]
- SHAUER, Frederik, “The Modest Constitution”, *California Law Review*, núm. 92, 2004, pp. 1045-1067,
- SHELLING, Thomas, *Choice and consequence*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1984
- SHKLAR, Judith, “Political Theory and the Rule of Law” en: A. C. Hutchinson y P. Monahan (eds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987 [trad. cast. de M. Melero, “La teoría política y el imperio de la ley”, en: M. Melero (ed.), *Ronald Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 117-141, por donde se cita]
- SHKLAR, Judith, *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Cambridge, Masachussets, Harvard University Press, 1964 [trad. cast. de J. Orriés y Obars, *Legalismo*, Buenos Aires, Omeba, 1968]
- SIECKMANN, Jan R., “El concepto de autonomía”, *Doxa*, núm. 38, 2002.
- SIECKMANN, Jan. R., “Los derechos fundamentales como principios”, trad. cast. de D. Oliver-Lalana, en: J. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, cit.
- SINOPWICH, Christine, “Law and Ideology”, *Standford Enciclopedia of Philosophy*, en línea: <http://plato.stanford.edu/entries/law-ideology/> [última consulta 15/12/2013]
- SKELTON, Anthony, “William David Ross”, en: *Standford Enciclopedia of Philosophy*, en línea: <http://plato.stanford.edu/entries/william-david-ross/> [última consulta 15/12/2013]
- SKINNER, Quentin, “La libertad de las republicas: un tercer concepto de libertad”, trad. de A. Rivero, *Isegoria*, núm. 33, 2005, pp. 19-49.
- SKINNER, Quentin, “The Paradoxes of Political Liberty”, en: D. Miller (comp.) *Liberty*, Oxford, OUP, 1991 [hay trad. cast. “Las paradojas de la libertad política”, en F. Ovejero, R. Gargarella, J. L. Martí, *Nuevas ideas republicanas*, cit. por donde se cita]
- SMEND, Rudolf, *Verfassung und verfassungsrecht*, Berlín, Dunker & Humbolt, 1928 [hay trad. cast. de José M.^a Beneyto Pérez: “Constitución y Derecho

- constitucional” en *Íd.*, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, CEC., 1985, pp. 37-242, por donde se cita]
- SOTELO, Ignacio, “Estado moderno”, en: E. Díaz y A. Ruíz Miguel, *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1ª reimp. 2004, pp. 25-44.
- SOTELO, Ignacio, *El Estado social. Antecedentes origen, desarrollo y declive*, Madrid, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010
- SPILLER, Pablo, y GELY Rafael, “Strategic Judicial Decision-Making” en: K. E. Whittington, R. D. Keleman y G. A. Caldera, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, OUP, 2008.
- STARCK, Christian, “Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms”, trad. de U. Park, en *Íd.*, (ed.), *Rights, Institutions and Impact of International Law according to the German Basic Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 19-61
- STARCK, Christian, “Derechos fundamentales y derecho privado” trad. de M. J. Roca, *REDC*, núm. 66, 2002, pp. 65-89
- STEIN, Klune “Voz: Estado de bienestar” en: V. BODGANOR, (dir.), *Enciclopedia de las Instituciones Políticas*, Madrid, Alianza Editorial, 1991]
- STEIN, Lorenz Von, *Geschichte des sozialen Bewegung in Frakreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 1850 [tiene trad. parcial al cast. de E. Tierno Galván, *Movimientos sociales y Monarquía*, Madrid, CEC, 1981, por donde se cita]
- STEINER, Hillel, “Are There *Still* Any Natural Rights” en: M. Krammer. C. Grant, B. Colburn, A. Hatzistavrou (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford Univesity Press, 2008, pp. 239-250 [trad. cast. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, *El legado de H. L. A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 317-332, por donde se cita].
- STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *RCEC*, núm. 1, 1988, pp. 261-277
- STERN, Klaus, *Das Staaatrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. I, Leiden, C. H. Beck, 2. Auflage, 1984 [trad. parcial al cast. de J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, C.E.C., 1987, por donde se cita]
- STONER, James R., *Common Law & Liberal Theory. Coke, Hobbes & the Origins of American Constitutionalism*, Kansas, University Press of Kansas, 1992
- SUÁREZ LLANOS, M^a. Leonor, *La teoría comunitarista y la filosofía política*, cit., aquí pág. 30
- SULLIVAN, Kathleen M., “Foreword: The Justices of Rules and Standards”, *Harvard Law Review*, vol. 106:22, 1992-1993, pp. 24-123.
- SUMMERS, Robert S. “Forma, imperio de la ley, imperio del buen derecho, trad. de F. Laporta, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2, 1998, pp. 183-198.
- SUNSTEIN, Cass R., “Constituciones y democracias: Epílogo” en: J. Elster, y R. Slagstad (comps.), *Constitucionalismo y democracia*, cit., pp. 344-371
- SUNSTEIN, Cass R., “La ley de la polarización de grupos”, trad. de F. González Bartomeu, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 6, núm. 1, 2005, pp. 55-70.

- SUNSTEIN, Cass R., “Más allá del resurgimiento republicano”, en: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, cit., pp. 137-190. ,
- SUNSTEIN, Cass R., “Problem Whith Rules”, *California Law Review*, vol. 83, núm. 4, 1995, pp. 953-1026
- SUNSTEIN, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, Mc. Millan, 1993.
- TAYLOR, Charles, “Atomism”, *Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge, CUP, 1985 [hay trad. cast. de S. Mendlewicz y A. Calsamiglia, “Atomismo” en: J Betegón y J. R. De Páramo (coords.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 107-124, por donde se cita]
- TAYLOR, Charles, *Hegel and Modern Society*, Cambridge, CUP, 1979 [trad. cast. de J. J. Utrilla, *Hegel y la sociedad moderna*, México, FCE, 1983]
- TEUBNER, Günter, , “The Transformation of Law in the Welfare State”, en: *Íd.* (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, cit., pp. 3-9
- THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., *Nudge. Improving Decisions About Healt, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2007, [trad. cast. de B. Urrutia, *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Madrid, Taurus, 2009, por donde se cita]
- THALER, Richard H., y SUNSTEIN, Cass R., “Libertarian paternalism Is Not an Oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 40, num. 4, 2003, pp. 1158-1201
- THIEBAUT, Carlos, “Neo-aristotelismos contemporáneos” en: V. Camps, O. Guariglia y F. Salmerón, *Concepciones de la ética*, EIAF, Madrid, Trotta, pp. 29-51.
- THIEBAUT, Carlos, *Los límites de la comunidad. Las críticas comunitaristas y neoaristotélicas al programa moderno*, Madrid, CEC, 1992.
- THIEBAUT, Carlos, *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, Barcelona, Paidós, 1998
- THOMPSON, E., P., *Whigs & Hunters. The Origins of the Black Act*, Penguin Books Ltd., 1975
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Constitución”, en: E. Díaz y A. Ruíz Miguel (eds.), *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid, 1ª reimp., 2004
- TREVES, Renato, “La dottrina dello Stato di Hermann Heller”, [trad., cast. de R. Pulido y F. Giapopello, “La doctrina del Estado de Hermann Heller”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 25-26, 1957, pp. 341-364, por donde se cita]
- TRIBE, Laurence H., “The People Themselves”, *The New York Times Review of Books*, 24 de novimembre de 2004. Cito por la versión disponible en: http://www.nytimes.com/2004/10/24/books/review/24TRIBEL.html?page_wanted=print&position=&r= [última visita: 23/03/13]
- TRIOLO, Lucia, *Legalismo e legalità*, Torino, Giappichelli Editore, 2000.
- TUORI, Karloo, “Los principios de derecho instrumental: la disciplina del instrumentalismo de las políticas”, trad. cast. de C. Bernal Pulido, en: A. Menéndez y Erikssen, *La argumentación y los derechos fundamentales*, cit., pp. 49-73

- TUR, Richard S., “Defeseabilism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, núm. 2, 2002, pp. 355-368
- TURÉGANO MANSILLA, Isabel, *Derecho y moral en John Austin*, prólogo de J. R. De Páramo, Madrid, CEPC, 2001.
- TUSHNET, Mark, “Abolishing Judicial Review”, *Constitutional Commentary*, núm. 27, 2011, pp. 581-589
- TUSHNET, Mark, “Alternatives to Judicial Review”, *Michigan Law Review*, núm. 101, 2002-2003, pp. 2781-2802,
- TUSHNET, Mark, “Popular Constitutionalism as Political Law”, *Chicago Kent Law Review*, núm. 81, 2006, pp. 991-1006,
- TUSHNET, Mark, *Taking Constitution Away from The Courts* Princeton, Princeton University Press, 1999
- TYLER, David W., “Clarifying Departmentalism: How the Framers’ Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy”, *William & Mary Law Review*, vol. 50, 2009, 2215-2264
- VALLESPIN OÑA, Fernando, “Estado de bienestar y constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, pp. 125-38.
- VALLESPIN, Fernando, “Una disputa de familia. El debate Rawls-Habermas”, en: J. Habermas, J. Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1998 pp. 9-37.
- VELASCO, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, prólogo de J. Muguerza, Madrid, CEPC, 2000
- VELASCO, Juan Carlos, *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza Editorial, 2003
- VENEGAS Grau, María, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de la autonomía de la voluntad*, prólogo de R. De Asís, Madrid, Marcial Pons, 2004
- VILAJOSANA, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010
- VILLACAÑAS. José Luis, *Poder y conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008
- VILLAVERDE RICO, María J. *La ilusión republicana. Ideales y mitos*, Madrid, Tecnos, 2008.
- VILLAVERDE RICO, María José, “Nota introductoria” a J. J. Rousseau, *El contrato social o Principios de derecho político*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2007
- VON MÜNCH, Igno, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, trad. de M. Díaz y D. Felip, en: SALVADOR CODERCH, P., et al, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Cívitas, 1997, pp. 25-53
- VON WIESE, *La cultura de la Ilustración*, trad. y prólogo de E. Tierno Galván, Madrid, CEC, 1979.
- WAISMANN, Friedrich, “Verificability”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volume, XIX, 1945 [trad. cast. de P. Villegas, “Verificabilidad” en: G. H. R. Parkinson (ed.), *La teoría del significado*, México, FCE, 1976, pp. 57-93]
- WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford, OUP, 1999.
- WALDRON, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, pp. 18-51.

- WALDRON, Jeremy, “Can There Be a Democratic Jurisprudence” *Emory Law Journal*, núm. 58, 2008-2009, pp. 675-712.
- WALDRON, Jeremy, “Deliberation, Disagreement and Voting” (1999), [trad. cast. de P. Bergallo y M. Alegre, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en: H. Hongju Koh y R. C. Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, cit., pp. 249-267, por donde se cita]
- WALDRON, Jeremy, “La participación: el derecho de los derechos” en: *Íd. Derecho y Desacuerdos*, trad. de J. L. Martí y A. Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 251-275.
- WALDRON, Jeremy, “Legislation and the Rule of Law”, *Legisprudence*, núm. 1, 2007
- WALDRON, Jeremy, “The Core Againsts Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, cap. X [trad. cast. de J. L. Martí y A. Quiroga, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, por donde se cita]
- WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, CUP, 1999
- WALUCHOW, W., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad*, op. cit., pág. 144 y ss., aquí pp. 153-4).
- WALUCHOW, Wilfrid J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, CUP, 2007, [trad. cast. y estudio preliminar de P. de Lora, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law. Un árbol vivo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, por donde se cita]
- WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922) [trad. cast.: *Ensayo sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 6ª reimp. 2001, por donde se cita]
- WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehender Soziologie*, Tubinga, 1922 [trad. cast. de J. Medina Echavarría, J. Roura, E. Ímaz, E. García Maynez y J. Ferrater Mora, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, ed. Preparada por J. Wickelmann y nota preliminar de J. Medina Echavarría, FCE-España, 2ª, reimp. 2002, por donde se cita]
- WHITTINGTON, Keith E., “Constitutionalism”, *The Oxford Handbook of Law and Politics* Oxford, OUP, 2008.
- WHITTINGTON, Kenneth E., *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton, Princeton University Press, 2007
- WILENSKY, Harold L., *The Welfare State and Equality. Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*, Berkeley, University of California Press, 1975
- WOLIN, Sheldon S. “Hobbes, la sociedad política como sistema de reglas”, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, trad. A. Bignami, Buenos Aires, Amorturru editores,
- WON WRIGTH, George. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Keagan Paul, London, 1963, [trad. cast. de P. García Ferrero, *Acción y norma. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, por donde se cita]
- WOOD, Gordon S., *The Creation of the American Republic*, Chapel Hill, 1969.

- WRÓBLEWSKY, Jersy, “El papel de los principios del derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica” en: *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de J. Igartúa y F. J. Ezquiaga, México, Fontamara, 2001
- YOUNG, Robert, “Autonomy and the ‘Inner Self’”, en: J. Christman (ed.), *The Inner Citadel*, cit., pp. 77-90.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992 [trad. cast. de M. Gascón Abellán, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (epílogo de G. Peces-Barba), Madrid, Trotta, 1995, por donde se cita].
- ZOLO, Danilo, “Rule of Law: A Critical Reappraisal”, en: D. Zolo y P. Costa, *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007

Francisco Miguel Mora Sifuentes
México

*Legalismo y constitucionalismo.
Pautas para una reconstrucción del imperio
de la ley y de la Constitución*