

## ARTÍCULO

### **El garantismo como constitucionalismo de reglas. (Apuntes sobre las normas en *Principia Iuris*)**

### **Garantism as Constitutionalism Based on Rules. (Notes on Legal Norms in *Principia Iuris*)**

Francisco M. Mora Sifuentes  
Instituto Bartolomé de las Casas  
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción 15/09/2012 | De aceptación: 05/12/2012 | De publicación: 21/12/2012

#### RESUMEN.

Luigi Ferrajoli ha sido catalogado a menudo de neoconstitucionalista no obstante defender algunas tesis que dificultan encuadrarle en dicha corriente. Ello puede verse de forma clara en su concepto de norma. En este trabajo intentaré mostrar en qué sentido el garantismo de Ferrajoli se aleja del neoconstitucionalismo basado en principios para, posteriormente, incidir en la importancia de las reglas en el marco general de *Principia iuris*.

#### PALABRAS CLAVE.

Garantismo, neoconstitucionalismo, principios, ponderación, reglas

#### ABSTRACT.

Luigi Ferrajoli is commonly known as a *neoconstitucionalista*. However, he has always defended some theses that make it difficult to confirm that assertion. This fact can be observed in his concept of norm. In this paper I intend to show in what sense Ferrajoli tends to separate his *garantismo* from principle based *neoconstitucionalismo* in order to, finally, stress the importance of rules in the general frame of *Principia iuris*.

#### KEY WORDS.

Garantismo, neoconstitucionalismo, principles, balancing test, rules

## I. Introducción

Difícilmente podemos encontrar en la historia reciente de nuestra disciplina una obra como *Principia iuris*<sup>1</sup>. Se trata de un trabajo monumental, de una obra tan estimulante como esperada. Estimulante porque no hay problema relevante de teoría del Derecho que no sea tratado. Esperada porque, como se sabe, es fruto de más de cuarenta años de trabajo. Ello explicaría tanto su evolución, esto es, los matices o cambios que Ferrajoli ha ido introduciendo, cuanto el hecho de que haya sido ampliamente discutida y criticada – incluso antes de publicarse– por parte

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, L.; *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 vol., Roma-Bari, Laterza & Fligi SpA, 2007 [tiene trad. al cast. de J. C. Bayón, M. Gascón Abellán y L. Prieto Sanchís, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3. Vols. (v. 1, *Teoría del derecho*), Madrid, Trotta, 2011, por donde se cita].

importante de la comunidad iusfilosófica continental europea y latinoamericana<sup>2</sup>. Con tales reservas, en lo que sigue centraré mi atención en el concepto de norma ahí defendido. Me parece que este es un punto clave para contrastar su «garantismo» con aquellas doctrinas que, con las reservas oportunas, suelen aglutinarse bajo la etiqueta «neoconstitucionalismo»<sup>3</sup>. Para ello, en una primera parte, intentaré destacar los rasgos más importantes de dichas propuestas.

---

<sup>2</sup> Pienso en: FERRAJOLI, L., *et. al;* *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de. G. Pisarello y A. de Cabo, Madrid, Trotta, 2001; CARBONELL, M., y SALAZAR, P. (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-IIJ/UNAM, 2005; FERRAJOLI, L.; *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2008; FERRAJOLI, L.; *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, trad. de A. Greppi, Madrid, Trotta, 2006; o los números 31 (2008) y 34 (2011) de la revista *Doxa*, por mencionar algunos en castellano.

<sup>3</sup> Según R. García Manrique (véase: “Presentación”, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009) L. Ferrajoli, junto a R. Alexy y R. Dworkin, es uno de los autores más leídos, mejor conocido y más citado y puede considerarse exponente de eso que se ha dado en llamar neoconstitucionalismo, termino que designa cierta comprensión del Derecho occidental contemporáneo. Sin embargo, reconoce que existen diferencias teóricas, metodológicas e ideológicas entre ellos y que quizá resulte más adecuado hablar de ‘neoconstitucionalismos’. Ya había adelantado esta conclusión M. Carbonell dándole tal nombre a una compilación de artículos [*Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003].

Posteriormente, haré énfasis en su definición de las normas como reglas. Considero que esta última se entiende mejor si tenemos presente el marco general de *Principia iuris*.

## II. Sobre garantismo y neoconstitucionalismo

Desde mi punto de vista, el planteamiento de Ferrajoli puede caracterizarse por intentar que el Derecho regule la vida social, por intentar que no haya ámbitos de inmunidad ni poder alguno al margen de una razón jurídica de matriz liberal e ilustrada. Para decirlo de otro modo: lo que busca es que «las normas normen». Este es el sentido del «principio del normativismo» que encuentra su expresión positiva en el principio de legalidad y al que llega a calificar como la tesis más importante de su teoría. En virtud de dicho principio «todo fenómeno jurídico –sea un acto, un efecto, una situación o un estatus, una fuente o una norma– supone una norma por la que viene

regulado»<sup>4</sup>. El potente instrumental teórico desplegado en *Principia iuris*, por tanto, tiene una clara finalidad práctica: pretende ser una respuesta global a la crisis de la razón jurídica, al cuestionamiento de la capacidad regulativa del Derecho<sup>5</sup>.

Asimismo, parece claro que su planteamiento no se explica sino a la luz de una problemática determinada. Dicha problemática tiene que ver con la consolidación del constitucionalismo europeo de posguerra. Ferrajoli es, en efecto, uno de los autores más atentos a los cambios que han supuesto el afianzamiento del Estado constitucional de Derecho; sobre todo, por el impacto que ha supuesto para algunas versiones del positivismo jurídico. No obstante, su atención, su espectro de inquietudes, va mucho más allá.

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L.; , *Principia iuris*, (v. 1, *Teoría del derecho*) cit., aquí p. 411.

<sup>5</sup> Como señala expresivamente al abrir *Principia iuris* (pág. XI): “no hay alternativa a la crisis de la razón jurídica y política que la razón misma”. Sobre el sentido de la teoría jurídica de *Principia iuris* Véase: GASCÓN ABELLÁN, M.; “Principia iuris: caracterización de una teoría jurídica”, *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 233-244.

*Principia iuris* es –en este orden– una apuesta jurídico-política. Al profesor italiano no le es ajena la globalización, ni la crisis política o de legitimación que ese proceso conlleva para el Estado-nación. De ahí que también pueda decirse que desarrolla su empresa a la luz de los tiempos que transcurren de post-democracia y neo-liberalismo. Una de las patologías que desbordan a la democracia constitucional la encontramos en la falta de sujeciones a escala planetaria de los por él denominados «poderes salvajes», sean públicos o privados<sup>6</sup>. Es ése el complejo marco en el que se desenvuelve su construcción. Aquí incidiré en algunos aspectos relacionados con lo destacado en primer término.

---

<sup>6</sup> Cf. FERRAJOLI, L.; *Principia iuris*, (v. 1, *Teoría del derecho*) cit., aquí p. 421. Sobre este punto en específico, por ejemplo: “Contra los poderes salvajes del mercado. Para un constitucionalismo de Derecho privado” en: AA. VV.: *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2da. Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002; o de modo más reciente, *Íd.*, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. y epílogo de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.

Como se sabe, para Ferrajoli el garantismo no es sino una profundización del positivismo jurídico en un doble sentido. Por un lado, porque lleva hasta sus últimas consecuencias el principio del normativismo al condicionar la validez de las normas a los contenidos *incorporados* a la Constitución. Se trata de un «neo-positivismo» que permite articular la experiencia continental de la posguerra caracterizada por la irrupción de criterios sustanciales de validez y acentuados tanto por la rigidez constitucional cuanto por su tutela jurisdiccional. En efecto, para él, en los Estados constitucionales se habrían legalizado parte de los contenidos de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista trastocando la relación entre Derecho y moral. Lo que antaño era una cuestión de legitimación externa, un ‘deber ser extrajurídico’, se convierte en una diferencia entre ser y deber ser *en el derecho*<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cf. FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de N. Bobbio (trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero), 7ª ed. Madrid, Trotta, 2005, pp. 356-357. *Íd.*, *Garantismo*, cit., pp. 25-31.

Este es el fenómeno típico del Estado constitucional donde –a excepción del momento constituyente<sup>8</sup>– la validez de las normas no depende sólo de su conformidad con el procedimiento establecido sino que también están supeditadas a su coherencia con el significado de las normas y principios constitucionales.

La introducción de esa dimensión sustancial de validez, que no olvidemos afecta también a la democracia, permite tanto la disociación como la virtual divergencia en su teoría entre validez y vigencia de las leyes, entre legitimidad sustancial y formal de los sistemas políticos. En tal divergencia se funda otro aspecto saliente de su propuesta –el «rasgo fisiológico» de la democracia constitucional– que va cambiar la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica. La jurisdicción, para Ferrajoli, ya no sería simple sujeción del juez a

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, L.; *Principia iuris*, (v. 1, *Teoría del derecho*) cit., aquí p. 422.

la ley sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar la legitimidad constitucional. La ciencia jurídica, por su parte, dejaría de ser simple descripción para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquella; análisis de las antinomias y lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales<sup>9</sup>. El garantismo es, por otro lado, un «positivismo crítico» pues asume la tarea (prescriptiva) de denunciar las eventuales lagunas o antinomias del Derecho.

Si intentar esquematizar el garantismo es complicado<sup>10</sup>, más difícil resulta referirse a un

---

<sup>9</sup> Tomo aquí casi literalmente lo señalado en: FERRAJOLI, L.; “Derechos fundamentales”, en: *Íd., et. al, Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 52 y ss.

<sup>10</sup> Sobre los diversas acepciones de ‘garantismo’, su creciente uso y abuso, puede verse: RENTERÍA DÍAZ, A.; 195

fenómeno como el neoconstitucionalismo<sup>11</sup>.

Como se ha dicho hasta la saciedad, no estamos propiamente ante *una* teoría o *una* filosofía jurídica sino ante un movimiento heterogéneo.

De ahí que suela acudirse a la clásica tripartición de N. Bobbio para dotar de sentido al neologismo, estipulando que con él se designa un modelo de organización política, una teoría y una ideología<sup>12</sup>. Se trata de un

---

“Garantismo y neoconstitucionalismo”, *Derechos y libertades*, núm. 25, 2011, pp. 145-178. Como se sabe, la acepción en la actualidad suele vincularse a Ferrajoli y remite, en un primer momento, al Derecho penal. No obstante, ya desde su *Diritto e Ragione* afirmaba que su planteamiento podía trasladarse a todos los ámbitos de la ciencia jurídica; que la palabra tiene, como mínimo, tres acepciones a saber: un modelo normativo de derecho, una teoría y una crítica del derecho, así como una filosofía del derecho y crítica de la política’. Véanse: FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón*. cit., esp. pp. 851 y ss; *Id., Principia iuris*, (v. 1, *Teoría del derecho*), p. 187 y ss.

<sup>11</sup> 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, S.; “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” trad. J. Vilajosana, *Doxa*, núm. 21, v. II, 1998 pp. 339-353, aquí p. 339; también, COMANDUCCI, P.; “El neoconstitucionalismo”, *Íd., Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, CEPC, 2010, pp. 251-264, aquí pág. 251 (nota al pie núm. 2).

<sup>12</sup> La clásica tripartición en: BOBBIO, N.; *El problema del positivismo jurídico*, (1961) trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 2007, pp. 44 y ss.; Véanse también: COMANDUCCI, P.; “Formas de (neo)constitucionalismo:

movimiento que tiene abiertos, si se me permite la expresión, ‘varios frentes’. Es decir, está inmerso «en los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales a propósito de qué debemos entender por Derecho y de cómo se explica su relación con la moral; en los metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación, etc.»<sup>13</sup>. Por ello debe mediar cierta cautela en el momento de adscribir autores al mismo. La idoneidad de la etiqueta depende del plano o del nivel específico al que la apliquemos siempre en el marco de aquellas disputas.

---

un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, *Isonomía*, núm. 16, 2002, pp. 89-112; PRIETO, L.; “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones” en *Íd., Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 101-136.

<sup>13</sup> PRIETO, L.; “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 461-506, aquí p. 463.

Aunque la obra de Ferrajoli no es ajena a ninguna hay varios aspectos que obstaculizan encuadrarle, sin más, en el neoconstitucionalismo<sup>14</sup>. Pondré un ejemplo: el profesor italiano se considera positivista cuando aquél se entiende generalmente en clave no-positivista o post-positivista. Discutir esto a profundidad me llevaría demasiado lejos<sup>15</sup>. Sin renunciar del todo a esta cuestión, resulta más útil a los efectos de este trabajo

---

<sup>14</sup> En este sentido: PRIETO, L.; “Principia iuris: una teoría no ‘neo’constitucionalista para el Estado Constitucional” *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 325-354.

<sup>15</sup> El positivismo ferrajoliano es objeto de muchas críticas. Ferrajoli ha intentado por distintas vías desmarcarse del neoconstitucionalismo. Sin embargo desde tal órbita se ha dicho que bien podría ser ‘uno de los suyos’ (GARCÍA FIGUEROA, A.; “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista” en: *Garantismo*, cit.). Desde el positivismo hay quienes (por ejemplo: JIMÉNEZ CANO, R.; *Una metateoría del positivismo jurídico*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 93 y ss.), no considera su ‘positivismo crítico’ positivismo en absoluto, más si se asumen las tesis de un ‘positivismo excluyente’. El propio A. García Figueroa ha visto en la predilección de L. Ferrajoli o L. Prieto por el Derecho del Estado constitucional, la impronta neoconstitucionalista (‘normativa’) de sus obras. Entiende que estos últimos se diferencian de otros autores (los neoconstitucionalistas ‘conceptuales’), como R. Alexy o él mismo, en que no admiten la integración del razonamiento jurídico al razonamiento práctico general. (Véase: *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, aquí pág. 245)

atender al hecho de que nuestro autor no asume íntegramente las notas que podrían identificar al neoconstitucionalismo. Tales notas pueden sintetizarse en dos «épicas de los principios»<sup>16</sup>. En primer lugar, una épica en la política que actualiza la bella fórmula de Dworkin de los derechos como «cartas de triunfo» de los individuos frente a la mayoría. En segundo lugar, una épica en la teoría del Derecho que configura nuestros derechos (o las normas de derechos) como «principios» y por ello *prima facie* o derrotables. Aunque en un plano distinto, Ferrajoli apuesta claramente por la primera al sustraer los derechos a las decisiones políticas (circunscriben su «esfera de lo indecible»<sup>17</sup>); también es cierto que se aleja decididamente de la segunda.

---

<sup>16</sup> Tomo las metáforas de las épicas de los principios de: GARCÍA FIGUEROA, A.; *Criaturas de la moralidad.*, cit., pp. 103 y ss.

<sup>17</sup> Véase: FERRAJOLI, L.; “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343. Sobre la rigidez del constitucionalismo ferrajoliano y sus problemas de legitimidad (en sentido democrático) puede verse, entre otros: DE LORA, P.; “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en: *Garantismo*, cit., pp. 251-265.

El neoconstitucionalismo puede reconocerse, en efecto, por predicar un «Derecho por principios» y «rematerializado»<sup>18</sup>. Pongamos por caso el planteamiento de R. Alexy para quien la tesis más importante de su teoría descansa en la

---

<sup>18</sup> Me parece que G. Zagrebelsky lo sintetiza claramente. Según este autor, el Derecho del Estado constitucional es un Derecho por principios, que las normas constitucionales sobre derechos y la justicia son prevalentemente principios.' Los principios, desde su óptica, desempeñan un papel constitucional, en el sentido de ser 'constitutivos' del orden jurídico. Las fórmulas de principio son a menudo expresiones un tanto banales, 'producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano', pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que más que ser interpretadas a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidos por su *ethos*. Los principios directamente 'no nos dicen cómo actuar en determinadas situaciones, no nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas que *a priori* aparecen indeterminadas. Generan, más bien, actitudes adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en la salvaguarda de un caso concreto. No contienen supuesto de hecho, únicamente pueden 'hacerseles reaccionar' ante algún caso concreto. Cf. ZAGREBELSKY, G.; *El derecho dúctil. Ley, justicia, derechos*, trad. de M. Gascón (con epílogo de G. Peces-Barba), Trotta, Madrid, 1995, aquí pp. 110-111. Los principios, valores y demás contenido material van a generar lo que se ha venido a denominar como 'rematerialización del Derecho'. Véase: LA TORRE, M.; "Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea" *RCEC*, núm. 16, 1993, aquí p. 67); también en HABERMAS, J.; *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción e introducción de M. Jiménez Redondo, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2008, aquí p 535 y ss.

distinción entre principios y reglas<sup>19</sup>. Los principios, según el profesor alemán, van a plantear una tarea de optimización que es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Es por ello que ofrecen un punto de partida para atacar la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral<sup>20</sup>. Su planteamiento es a la vez no-positivista y principialista, por utilizar una terminología al uso. Ahora bien, ¿cómo caracteriza a los principios? Los principios «son normas que nos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Son «mandatos de optimización» que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las

---

<sup>19</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed. en castellano, trad. y estudio preliminar de C. Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007, aquí pág. 163.

<sup>20</sup> Véase: ALEXY, R.; "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", trad. de M. Atienza, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 139-155, aquí p. 144.

posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos»<sup>21</sup>.

Entre otras cosas, lo anterior sirve de base para lo que se ha venido a llamar visión conflictualista de los derechos fundamentales, los cuales, no olvidemos, serían «prevalentemente principios». En términos excesivamente simples: la forma en que se conciben las normas de derechos repercute en la forma en que van a «interaccionar»; esto es, si los consideramos «limitables» o no, si vienen delimitados o si, por el contrario, necesitamos de algún método para racionalizar la empresa limitadora o las potenciales colisiones entre ellos tal y como predica la teoría externa de los

---

<sup>21</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., aquí pp. 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, (ALEXY, R.; “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, trad. de C. Bernal Pulido, en: Íd., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93-137, aquí p. 95) Alexy sostiene que las posibilidades jurídicas dependen de los principios y no ya de las reglas.

límites<sup>22</sup>. Asimismo, en la dimensión axiológica reconocida a los principios se fundan otras figuras acuñadas por la influyente jurisprudencia alemana. Me refiero al «efecto de irradiación» (*Ausstrahlungswirkung*) vinculado en un primer momento a la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares (*Drittwirkung*) y por virtud del cual todo el Ordenamiento recibe «sus impulsos y directrices»<sup>23</sup>; así como a la figura del «deber de protección» (*Schutzpflicht*) referido a las acciones que los poderes públicos están llamados a realizar para que los

---

<sup>22</sup> Según ésta, cuando se trata de establecer si la constitución ya no sólo de manera explícita sino también *implícita* prescribe algo para cierta cosa, a los derechos fundamentales pueden ser adscritas normas y posiciones jurídicas provistas de dos tipos distintos de validez, que se manifiestan respectivamente en dos momentos diversos. Las normas y posiciones de derecho fundamental tienen en un primer momento una validez *prima facie* muy amplia. Sólo posteriormente, después del juicio de proporcionalidad, el Tribunal decidirá si la norma o la posición adscrita *prima facie* vale también como una norma o posición definitiva en contra de lo decidido por el legislador, es decir, que la norma de derecho fundamental contraria a la norma legislativa vale como una parte del contenido del derecho garantizado efectivamente. Véase: BERNAL PULIDO, C.; *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 42-50.

<sup>23</sup> Sobre estas cuestiones, por ejemplo: HESSE, K.; *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. de I. Gutiérrez, Madrid, Civitas, 1995.

derechos o bienes iusfundamentales se protejan efectivamente.

La profusión con la que los tribunales vienen utilizando la ponderación vendría a desmentir a toda aquella teoría que no conciba las normas, al menos las de derechos fundamentales, como principios<sup>24</sup>. Simplificando en exceso: si las normas de derechos no son principios, si no son mandatos de optimización, entonces no son ponderables según el esquema de Alexy. Para él los derechos requieren *necesariamente* ponderarse<sup>25</sup>; lo que es tanto como decir que los derechos son necesariamente principios. Sin embargo para Ferrajoli no es así<sup>26</sup>. Bien

---

<sup>24</sup> Profusión que queda documentada, por ejemplo, en el estudio preliminar de C. BERNAL PULIDO que abre la segunda ed. en castellano de la *Teoría de los derechos fundamentales*, de R. Alexy. (pág. XXXI y ss.)

<sup>25</sup> Véase: ALEXY, R.; "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", trad. de J. A. Portocarrero, *REDC*, núm. 91, 2011, pp. 11-29.

<sup>26</sup> Para mayor abundamiento, véase: FERRAJOLI, L.; y RUIZ MANERO, J.; *Dos modelos de constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 78 y ss. A decir del profesor de Alicante el desencuentro entre ambos sería menor en la medida en tanto él y como el profesor Atienza no adoptan el esquema alexiano de los mandatos de

puede decirse, con algún matiz, que para él todas las normas (incluidas las de derechos) son reglas. Y es aquí donde se ve de forma clara la diferencia: al no asumir la segunda época de los principios, el de Ferrajoli sería un «constitucionalismo rígido» alejado del «dúctil» o neoconstitucionalista que tiene una fuerte impronta argumentativa. Su postura, nos dice L. Prieto, se explica mejor si se tiene en cuenta la concepción fuertemente cognitivista de la actividad interpretativa que defiende el profesor italiano<sup>27</sup>. Es por ello que puede presentarnos el mundo de los derechos como si fuese «nítido», «jerarquizado», y no inmerso en «precedencias condicionadas» o «jerarquías móviles». Al hacerlo, nos dicen sus críticos, asume otros problemas de primer orden.

---

optimización. Es decir, entienden que los principios son normas que exigen cumplimiento pleno.

<sup>27</sup> Cf. PRIETO, L.; "Constitucionalismo y garantismo" en: Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *Garantismo*, cit., pp. 41-57, aquí, p. 52. La idea de la 'precedencia condicionada' es de ALEXY, R.; (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 73); la metáfora de la 'jerarquía móvil' de GUASTINI, R.; "Derecho dúctil, Derecho incierto", trad. de M. Gascón, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII-XIV, 1996, pp. 111-123, aquí pág. 122.

III. Apuntes sobre las normas en *Principia iuris*: reglas

L. Ferrajoli no ha pasado por alto las cuestiones que derivan de la rigidez de su planteamiento. Antes de que se imprimiera *Principia iuris* se pronunció al respecto. Destacó que no piensa en absoluto que no existan conflictos entre derechos fundamentales. Más bien, critica la que considera una tendencia en la actual filosofía jurídica: «la tendencia habitual a generalizar, enfatizar y dramatizar la existencia de conflictos entre derechos, cualquiera que sea su naturaleza, y una especie de satisfacción en desvelar y sacar a la luz el mayor número de ellos, con ejemplos extremos e incluso imaginarios»<sup>28</sup>. Un mayor análisis conceptual de los derechos (supuestamente) en conflicto, sostiene, desdramatizaría aquella visión. De la misma forma, entiende que la jurisdicción

implica siempre por la presencia de espacios inevitablemente abiertos a la discrecionalidad interpretativa y a la valoración probatoria, una «esfera de lo decidible». Tampoco escapa a Ferrajoli que estas cuestiones en su conjunto tienen una dimensión política que va a afectar directamente al núcleo de la división de poderes<sup>29</sup>.

Me parece que el planteamiento global de nuestro autor necesita entender las normas alejadas tanto de la lógica de la ponderación cuanto de la visión conflictualista que engendra. ¿Por qué? Fundamentalmente porque la pieza en la que descansa, esto es, el juicio de ponderación y sus partes, «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 [ofreciendo] sólo una apariencia de

<sup>28</sup> Cf. FERRAJOLI, L.; *Garantismo*, cit., pp. 83-84.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

racionalidad a un procedimiento que es, al fin y al cabo, irracional y, en esencia, decisionista»<sup>30</sup>.

Si además se tiene en cuenta que Ferrajoli postula la validez como pertenencia articulada desde una visión jerárquica del Ordenamiento, precisa entender que las normas poseen algún significado normativo para contrastar que los distintos actos han respetado las reglas de su uso y producción tanto formales como sustantivas<sup>31</sup>. Desde mi punto de vista, ello es indispensable para actualizar el principio del normativismo, para cumplir su función de guiar el comportamiento y vincular al poder tanto en el momento de la creación de normas

---

<sup>30</sup> La crítica de que la ponderación es un método, en última instancia, decisionista se esgrime a menudo. La cita es de: LA TORRE, M.; "Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy" en: A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2010, aquí p. 86. Puede verse también: GARCÍA AMADO, J. A.; "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", en: García Manrique, R., (ed)., *Derechos sociales y ponderación*, cit., pp. 249-331.

<sup>31</sup> En este punto, el planteamiento de Ferrajoli es próximo, creo, a quienes caracterizan los sistemas jurídicos (si bien no sólo los del paradigma constitucional) como 'sistemas normativos mixtos'. Véase: CUENCA GÓMEZ, P.; *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Dykinson, 2008.

como en el de su aplicación. Sin esto, difícilmente podría realizarse el proyecto garantista.

Con lo anterior puede explicarse mejor la definición contenida en *Principia iuris* según la cual «toda norma jurídica es una *regla* producida por un acto jurídico»<sup>32</sup>. La definición contiene dos elementos: el primero es que se trata de una regla, esto es, posee todas las características de las reglas. El segundo elemento es su positividad: «son reglas que pertenecen al derecho positivo en cuanto son efectos jurídicos puestos o causados por actos». Los actos que causan una norma son sus fuentes. Entre fuentes y normas se establece una relación biunívoca. Esta distinción es esencial para el análisis de los fenómenos normativos por dos motivos. Por un lado, porque «permite elucidar su tesis de que las normas no establecen significados sino

---

<sup>32</sup> Cf. FERRAJOLI, L.; *Principia iuris*, (v. 1, *Teoría del derecho*) cit., aquí p. 395.

que son significados»<sup>33</sup>. Por otro, porque sostiene la distinción entre la *vigencia* y la *validez formal* (constatable mediante juicios de hecho y de derecho), que se predicán en relación con la forma del acto normativo o fuente y designan su conformidad a normas procedimentales sobre su formación, y lo que denomina la *validez sustancial* que se predica en cambio en relación con la norma, o sea, con el significado prescriptivo producido, y designa su coherencia con normas sustantivas sobre la producción (constatable mediante juicios de derecho)<sup>34</sup>.

Las normas son para Ferrajoli reglas por cuanto, o bien son directamente prescripciones; o bien, prevén el nacimiento de prescripciones cuando se verifiquen los objetos regulados por ellas. Tienen naturaleza lingüística: son significados cuya efectividad

---

<sup>33</sup> Cf. FERRAJOLI, L.; *Principia iuris*, (v. 1, *Teoría del derecho*) cit., aquí p. 398.

<sup>34</sup> Cf. FERRAJOLI, L.; *Principia iuris*, (v. 1, *Teoría del derecho*) cit., aquí p. 398-399.

depende de su dimensión pragmática; de que valgan para generar una práctica social. Lo son también porque tienen contenido universal en el sentido de que su significado prescriptivo se refiere siempre a un tipo de objeto: «son normas jurídicas positivas de carácter general, porque se imputan a una clase de sujetos y/o de carácter abstracto, porque regulan una clase de actos»<sup>35</sup>. La revitalización de reglas y fuentes que desde esta obra se propugna es otro rasgo a destacar. Tampoco es extraño que sea así. Al menos no en la medida que es indispensable para todo el edificio garantista. No es casual por ello que incida especialmente en la dimensión semántica y pragmática del Derecho pues «de la exacta determinación de las referencias semánticas de las normas de lo que depende, por un lado, la certeza del derecho y, de otro, su idoneidad para fundar, en la práctica social, el sentido del actuar jurídico. Se trata de dos consecuencias

---

<sup>35</sup> Cf. FERRAJOLI, L.; *Principia iuris*, (v. 1, *Teoría del derecho*) cit., p. 396. Cursivas mías.

lingüísticas del derecho, ambas decisivas para el principio de legalidad»<sup>36</sup>. Y no lo es porque la batalla contra los poderes salvajes, la viabilidad de sujeciones o vínculos, parece comenzar aquí.

#### IV. A modo de conclusión

En este trabajo he intentado destacar uno de los aspectos en el que el planteamiento de L. Ferrajoli se aleja del neoconstitucionalismo. Para ello, en la primera parte se esbozaron algunos de los elementos más importantes de su garantismo. Posteriormente identifiqué al neoconstitucionalismo mediante dos «épicas de los principios»: en la política, por su fuerza contramayoritaria y, en la teoría del Derecho, por predicar un Derecho por principios. Esta última es la base del «constitucionalismo dúctil» o «principialista». Ferrajoli asume, a su manera, la primera y se aleja decididamente de

---

<sup>36</sup> Cf. FERRAJOLI, L.; *Principia iuris*, (v. 1, *Teoría del derecho*) cit., aquí p. 422.

la segunda al no compartir la caracterización de las normas (de derechos fundamentales) como principios o mandatos de optimización. Con ello evita asumir la ponderación como método de aplicación así como la visión conflictualista de los derechos. El «constitucionalismo garantista»<sup>37</sup> de Ferrajoli se basa en reglas. Que sea así, por lo demás, resulta indispensable para actualizar el «principio del normativismo» en el que se sustenta todo el edificio de *Principia iuris*. Su constitucionalismo es, por tanto, un constitucionalismo de reglas o formalista con lo que ello implica.

---

<sup>37</sup> Véase: FERRAJOLI, L.; “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. de N. Guzmán, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53, en torno al cual han girado todas las contribuciones de ese número.

## V. Bibliografía

- ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed. en castellano, trad. y estudio preliminar de C. Bernal Pulido, Madrid, CEPC., 2007
- \_\_\_\_\_, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de M. Atienza, *Doxa*, núm. 5, 1988.
- \_\_\_\_\_, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, trad. de C. Bernal Pulido, en: Íd., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, trad. de J. A. Portocarrero, *REDC*, núm. 91, 2011, pp. 11-29.
- BERNAL PULIDO, C.; *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- BOBBIO, N.; *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 9ª reimp. 2009.
- CARBONELL, M. (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003
- \_\_\_\_\_, y SALAZAR, P.; (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-IIJ/UNAM, 2005.
- COMANDUCCI, P.; “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, *Isonomía*, núm. 16, 2002.
- CUENCA GÓMEZ, P.; *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Dykinson, 2008.
- DE LORA, P.; “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo” en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Garantismo*, cit.
- FERRAJOLI, L.; *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 vol., Roma-Bari, Laterza & Fligi SpA, 2007 [tiene trad. al cast. de J. C. Bayón, M. Gascón Abellán y L. Prieto Sanchís, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3. Vols. (v. 1, *Teoría del derecho*), Madrid, Trotta, 2011, por donde se cita].
- \_\_\_\_\_, et. al, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de. G. Pisarello y A. de Cabo, Madrid, Trotta, 2001.
- \_\_\_\_\_, et al., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, trad. de A. Greppi, Madrid, Trotta, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de N. Bobbio (trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero), 7ª ed. Madrid, Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_, “Contra los poderes salvajes del mercado. Para un constitucionalismo de Derecho privado” en: AA. VV.: *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2ª. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2002.
- \_\_\_\_\_, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343
- \_\_\_\_\_, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. y epílogo de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.
- \_\_\_\_\_, “Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista”, trad. de N. Guzmán, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53
- \_\_\_\_\_, y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2012.
- GARCÍA AMADO, J. A.; “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en: García Manrique, R., (ed)., *Derechos sociales y ponderación*, cit., pp. 249-331.
- GARCÍA FIGUEROA, A.; *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- \_\_\_\_\_, Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista” en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Garantismo*, cit.
- GARCÍA MANRIQUE, R.; (ed)., *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, M.; "Principia iuris: caracterización de una teoría jurídica", *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 233-244.

GUASTINI, R.; "Derecho dúctil, Derecho incierto", trad. de M. Gascón, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII-XIV, 1996, pp. 111-123

HABERMAS, J.; *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. e introducción de M. Jiménez Redondo, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2008.

JIMÉNEZ CANO, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 2008.

HESSE, K.; *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. de I. Gutiérrez, Madrid, Civitas, 1995.

LA TORRE, M.; "Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea" *RCEC*, núm. 16, 1993.

\_\_\_\_\_, "Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy" en: A. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal, Madrid, CEPC, 2010.

POZZOLO, S.; "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional" trad. J. Vilajosana, *Doxa*, núm. 21, v. II, 1998.

PRIETO, L.; "Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones" en *Íd., Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_, "Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010.

\_\_\_\_\_, "Principia Iuris: una teoría no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional" *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 325-354.

\_\_\_\_\_, "Constitucionalismo y garantismo" en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Garantismo*, cit.

RENTERÍA, A.; "Garantismo y neoconstitucionalismo", *Derechos y libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, núm. 25, 2011.

ZAGREBELSKY, G.; *El derecho dúctil. Ley, justicia, derechos*, trad. de M. Gascón (con epílogo de G. Peces-Barba), Trotta, Madrid, 1995.