



**UNIVERSIDAD EAFIT**

*Abierta a la investigación*

ISSN 1692-0694

# **LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONSTITUCIONALIZADOS**

GLORIA PATRICIA LOPERA MESA

**ÁREA DE TEORÍAS DEL DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO – UNIVERSIDAD EAFIT**

Medellín, Marzo de 2004

DOCUMENTO 16-032004

---

Comentarios: Favor dirigirlos a **[glopera@eafit.edu.co](mailto:glopera@eafit.edu.co)**

Está autorizada la reproducción total o parcial de este material siempre y cuando se cite la fuente.



# TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN .....	1
ABSTRACT .....	2
AUTORA .....	3
<b>NEOCONSTITUCIONALISMO Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO</b> .....	<b>5</b>
1. CONSTITUCIONALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO .....	7
2. POSITIVISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO .....	13
2.1. Tres dimensiones del positivismo .....	14
2.2. Cuatro aspectos del neoconstitucionalismo .....	15
3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MODELO DE ORGANIZACIÓN POLÍTICA: EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO .....	21
3.1. Algunas precisiones conceptuales .....	21
3.2. La consolidación del Estado Constitucional .....	25
4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO .....	33
4.1. Fuerza normativa de la constitución .....	33
4.2. Rigidez constitucional .....	37
4.3. Control de constitucionalidad .....	40
4.4. Rematerialización de la constitución .....	44
4.4.1. La constitución como “orden objetivo de valores” .....	49
4.4.2. La constitución como “ordenamiento marco” o sistema abierto” .....	52
4.5. Principialización del sistema jurídico .....	55
4.6. Judicialismo. ....	60
5. BIBLIOGRAFÍA .....	65
<b>LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN</b> .....	<b>79</b>
1. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN CONCEPTUAL NECESARIA ENTRE PRINCIPIOS Y MÁXIMA DE PROPORCIONALIDAD .....	82
2. LOS PRINCIPIOS COMO “MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN” .....	83

3.	DOS OBJECIONES CONTRA EL CONCEPTO DE “MANDATO DE OPTIMIZACIÓN” .....	88
3.1.1.	¿Mandatos de optimización u objetos de un mandato de optimización? .....	88
3.2.	No todos los principios son mandatos de optimización .....	89
3.2.1.	La distinción entre principios en sentido estricto y directrices .....	89
3.2.2.	La réplica de Alexy .....	93
3.2.2.1.	El carácter “todo o nada” de los principios en sentido estricto .....	93
3.2.2.2.	La prioridad de los derechos individuales sobre los bienes colectivos .....	95
4.	UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DE LA TESIS DE LOS PRINCIPIOS COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN .....	97
4.1.	La “gradualidad” de los principios .....	97
4.2.	La configuración abierta de los principios .....	98
4.3.	La idea de mandato de optimización como convención interpretativa .....	99
5.	IN DUBIO: ¿PRO DERECHOS O PRO LEGISLATORE? .....	101
6.	BIBLIOGRAFÍA .....	102

The logo for 'RESUMEN' features the word in a bold, sans-serif font. The letters are white and set against a dark grey rectangular background. The background is composed of several overlapping squares of varying shades of grey, creating a layered, geometric effect.

Esta publicación recoge una versión ampliada de dos ponencias presentadas al seminario “*La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*”, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT los días 3 al 5 de septiembre de 2003.

En la primera de ellas se propone una aproximación al neoconstitucionalismo, expresión que se ha extendido en la teoría jurídica actual para referirse al conjunto de transformaciones acaecidas en los sistemas jurídicos contemporáneos tras la segunda posguerra, las que a su vez han motivado la revisión de buena parte de las tesis asociadas al positivismo jurídico, abriendo el camino a lo que algunos no dudan en calificar como un nuevo paradigma del derecho. Se trata entonces de examinar la influencia de dichas transformaciones en la manera de concebir la aplicación del derecho, y en particular, el estímulo que representan para el desarrollo de formas de argumentación, entre las que el principio de proporcionalidad adquiere un gran protagonismo. Con tal fin se traza un derrotero argumental donde, en primer lugar, se indaga si entre el constitucionalismo contemporáneo y el que pudiera denominarse constitucionalismo tradicional existen diferencias tales que justifiquen hablar de un *neoconstitucionalismo*. A continuación, siguiendo la clásica división de Bobbio entre tres vertientes del positivismo (teórico, metodológico e ideológico), se examinan los puntos de continuidad y de ruptura entre las tesis asociadas al positivismo y al neoconstitucionalismo, respectivamente.

Vistos los cambios operados en la comprensión del fenómeno jurídico - que afectan desde la teoría de la norma y de la interpretación, hasta la definición misma del concepto de derecho, el modo de concebir sus relaciones con la moral o el papel de la ciencia jurídica - es preciso analizar las transformaciones reales en los sistemas jurídicos que han motivado dichos cambios. A ello se dedican las partes tercera y cuarta del trabajo, en las que se emprende una detallada caracterización del estado constitucional de derecho, modelo de organización política que ofrece sustento a las tesis del neoconstitucionalismo, así como de los rasgos que presentan los ordenamientos propios de dicho modelo estatal. Se quiere destacar cómo tales rasgos convergen en una progresiva extensión de la argumentación basada en principios constitucionales, que alcanza todos los confines del derecho, estimulando un esquema de aplicación en el cual, a diferencia de la clásica imagen del juez como “boca que pronuncia las palabras de la ley”, se hace consciente y visible el amplio margen de discrecionalidad del que disponen los órganos de adjudicación, así como la necesidad de desarrollar instrumentos argumentativos, tales como el principio de proporcionalidad, destinados a acotar y legitimar dicho poder discrecional.

En el segundo de los trabajos se pretende profundizar en la relación entre teoría de los principios y máxima de proporcionalidad a partir del análisis del concepto de mandato de optimización. Como punto de partida se examina la tesis de la vinculación necesaria entre principios y máxima de proporcionalidad tal y como ha sido formulada por Alexy. Posteriormente se analiza la caracterización de los principios como mandatos de optimización desarrollada por este autor para, a continuación, revisar algunas de las objeciones formuladas contra la misma, así como la réplica del profesor de Kiel a cada una de ellas. Seguidamente se presentan las razones que permiten sostener que el concepto de mandato de optimización en la teoría de Alexy cobra sentido si se entiende como una convención interpretativa, más que como una propiedad derivada ya sea de la estructura abierta de las normas o del carácter gradual de su aplicación. Por último, se pone de relieve la contradicción que emerge entre dos criterios de precedencia *prima facie* presentes en el planteamiento del autor germano: por un lado el que otorga prioridad a los derechos individuales sobre los bienes colectivos y, por otro, el que establece el carácter *prima facie* más fuerte de las determinaciones legislativas que asumen la forma de reglas respecto a los principios. Tal contradicción evidencia uno de los principales problemas de la teoría alexiana para hacer frente a la crítica liberal que señala la pérdida de resistencia normativa a la que se exponen los derechos fundamentales una vez concebidos como mandatos de optimización.



## ABSTRACT

The following publication comprises the enhanced version of two lectures presented at the seminar “The application of law in constitutionalized legal systems”, held at Universidad EAFIT, School of Law, September, 2003.

The first lecture aims to give a preliminary approach to the concept of neo-constitutionalism. The term is an expression that has been expanding over the legal theory with the pretension to gather all the transformations that happened over contemporary legal systems after world war two. Those transformations have pushed to challenge the thesis associated to legal positivism. Opening –according to some- the path to a new law paradigm.

The paper tries to examine the influence of the referred transformations on the way to understand the application of the law. Specially, because they are an stimulus for developing new ways to build arguments, particularly the so-called proportionality principle. Hence, the article presents a set of arguments, where it asks in first place if there is any difference between the so-called contemporary constitutionalism, and the so-called traditional constitutionalism, in order to try to find differences that justify to call for a neo-constitutionalism. In second place, it takes Bobbio’s three-way approach to legal positivism (theoretical, methodological, ideological) to evaluate the points of rupture and continuity among the thesis associated with legal positivism and neo-constitutionalism.

Having seen the changes over the understanding of the law phenomena which affect not only the theories of the legal-norm and the interpretation, but also the concept of law, the way to analyze law relations with morality, and the role of juridical sciences. Therefore, it is necessary to analyze the real transformation on the legal systems, that have prompted all these changes. That is the purpose of sections three and four of this writing. There the article makes a detailed characterization of the rule of law within an specific state. That is the model of organization that supports the neo constitutionalism thesis. It is important to stress how the particular characteristics of this kind of state converges a progressive expansion of the legal reasoning founded on constitutional principles reaching all the law frontiers. Stimulating at the same time a framework to apply the law that becomes conscious and visible the broad discretionality of the organs of adjudication, as well, as becoming aware of the necessity to develop argumentative tools, as the principle of proportionality, oriented to frame and legitimate such power.

The second work aims to deepen the relation between theory of principles and the maximum proportionality starting from the analysis of the concept called “optimization mandate”. From this point the article studies on first place the thesis of the necessary connection between principles and maximum proportionality as originally formulated by Robert Alexy. Then the articles analyzes the characterization of principles as optimization mandates developed by Mr. Alexy. Later the article reviews some of the critics formulated against that theory and Alexy’s response to his critics. Following the article presents the reasons that allow to argue why the optimization mandate concept on Alexy’s theory makes sense if it is understood as an interpretative convention, and not as a derivative property from the open structure of the rules or from the gradual character of its application. Finally, the articles points out the contradiction that emerges between two criterions present on Alexy’s thinking of the prima facie priority criteria, on one hand the criteria that gives priority to individual rights over collective goods, on the other hand the criteria that establishes the stronger prima facie character of the legislative decisions that take the structure of rules regarding principles Such contradiction makes clear one of the main problems of Alexy’s theory. When it tries to answer the liberal critic that points out the loss of normative strength of fundamental rights when they are conceived as optimization mandates.



**GLORIA PATRICIA LOPERA MESA**

Abogada de la Universidad de Antioquia.

Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad de Castilla –La Mancha (España).

Profesora de tiempo completo de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.







**NEOCONSTITUCIONALISMO Y  
APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO**



# NEOCONSTITUCIONALISMO Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO\*

En la teoría jurídica reciente parece consolidarse el uso de la expresión *neoconstitucionalismo* para designar un conjunto de transformaciones operadas en la praxis y en la comprensión de los ordenamientos jurídicos contemporáneos; innovaciones que en opinión de algunos autores permiten hablar de un nuevo paradigma del derecho<sup>1</sup>.

El objetivo de este trabajo es entonces examinar la influencia de dichas transformaciones en la manera de concebir la aplicación del derecho, y en particular, el estímulo que representan para el desarrollo de juicios de ponderación en sede de adjudicación. Para tal efecto se propone el siguiente itinerario: en primer lugar, indagar si entre el constitucionalismo contemporáneo y el que pudiera denominarse constitucionalismo tradicional existen diferencias tales que justifiquen hablar de un *neoconstitucionalismo*. En segundo lugar, ofrecer una caracterización general del neoconstitucionalismo que ofrezca una mirada de conjunto sobre los diferentes aspectos que involucra. Finalmente, centrar la atención en el examen del neoconstitucionalismo como modelo de organización política así como los rasgos que presentan los ordenamientos jurídicos propios de dicho modelo, destacando la manera en que ellos estimulan un esquema de aplicación del derecho en el que adquiere gran protagonismo el juicio de ponderación.

## 1. CONSTITUCIONALISMO NEOCONSTITUCIONALISMO

Y

Valga en primer lugar una aclaración terminológica. Mientras algunos autores emplean los términos *neoconstitucionalismo*, *constitucionalismo contemporáneo* o *constitucionalismo* a secas, como expresiones sinónimas<sup>2</sup>, otros encuentran razones para distinguirlos. Entre los últimos se encuentra Paolo Comanducci, quien entiende el constitucionalismo básicamente como una ideología dirigida a limitar el poder y garantizar

\* Los dos trabajos que se incluyen en este volumen fueron realizados gracias a una beca de estudios de doctorado concedida por la Agencia Española de Cooperación Internacional durante los cursos académicos 2000-2003 y al apoyo financiero que tras la culminación de aquella beca he recibido de parte de la Universidad EAFIT.

<sup>1</sup> Así, entre otros, Luigi Ferrajoli, "Derechos fundamentales", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999, págs. 37 – 72, aquí pág. 65, trabajo publicado además en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, págs. 19 – 56, aquí pág. 52 (versión que cito en adelante); Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pág. 309; Santiago Sastre Ariza, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (edit.), Madrid, Trotta, 2003, pág. 239. En la misma dirección, Alejandro Nieto dedica un amplio espacio en su último trabajo a señalar las insuficiencias y falacias del que denomina "paradigma jurídico tradicional" y a delinear uno nuevo, cuyos rasgos esenciales coinciden con los del neoconstitucionalismo. Vid. *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, págs. 19-72.

<sup>2</sup> Así, Luis Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *Derecho y Proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 201.

una esfera de derechos fundamentales, habitualmente emparentada con tesis iusnaturalistas y opuesta al positivismo ideológico, cuya presencia, sin embargo, no riñe con la hegemonía ostentada por la teoría jurídica positivista durante el siglo XIX y la primera mitad del XX; a diferencia de éste, el neoconstitucionalismo – escribe el profesor genovés – “no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista” que comienza a desarrollarse tras la segunda posguerra<sup>3</sup>. En una línea similar, Mauro Barberis<sup>4</sup> caracteriza el neoconstitucionalismo como una posición filosófica jurídica que postula la inexistencia de una distinción necesaria o conceptual entre derecho y moral, que en el contexto italiano comienza a perfilarse a partir de las críticas dirigidas contra el positivismo en la década de los sesenta por autores como Giovanni Sartori y Nicola Matteucci<sup>5</sup>, y que en general obtendrá su impulso definitivo en los años setenta bajo la influencia de la obra de Ronald Dworkin. Sin embargo, el uso del vocablo *neoconstitucionalismo* no ha logrado consolidarse en el seno de la filosofía jurídica o la doctrina constitucional con un significado propio y distinto al de constitucionalismo, pues muchos de los trabajos dedicados al tema siguen empleando este último<sup>6</sup>, lo que sugiere que no estamos aún en presencia de una distinción pacíficamente aceptada. Pese a ello, podría ser útil detenerse en la diferenciación propuesta por los autores antes mencionados e indagar si existe un punto de inflexión en la tradición del constitucionalismo europeo que justifique el cambio de significante.

Para empezar, cabe advertir que la expresión *constitucionalismo* no es ni mucho menos unívoca. De ahí que por lo general se establezcan varias acepciones del término, como lo hace Michel Troper, quien propone distinguir entre constitucionalismo *lato sensu*, referido a la exigencia de que cada estado tenga una constitución con el fin de evitar el despotismo; *sticto sensu*, donde además de la existencia de una constitución se pretende que ésta incorpore determinados contenidos, tales como la separación de poderes, gobierno representativo, declaraciones de derechos, distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, y, finalmente, *strictissimo sensu*, donde a las anteriores exigencias sustanciales se añade el control judicial de constitucionalidad como condición necesaria para predicar la existencia de un régimen constitucional<sup>7</sup>. Sin embargo, en cualquiera de sus versiones, el constitucionalismo moderno<sup>8</sup> se identifica como una doctrina - más o menos exigente - de limitación al poder, más específicamente, como una doctrina

<sup>3</sup> Vid. Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. M. Carbonell, en *Neoconstitucionalismo(s)*, citado, pág. 82.

<sup>4</sup> Mauro Barberis, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, trad. S. Sastre, en *Neoconstitucionalismo(s)*, citado, pág. 260.

<sup>5</sup> Vid. Giovanni Sartori, “Constitución”, en *Elementos de Teoría Política* (1987), trad. M. Luz Morán, Madrid, Alianza, 1999, págs. 13 - 27, trabajo publicado por primera vez en 1962 bajo el título *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*; Nicola Matteucci, “Positivismo jurídico e costituzionalismo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Vol. XVII, 3, 1963, págs. 985 – 1100, trabajos en los que se señala la incompatibilidad entre positivismo y constitucionalismo.

<sup>6</sup> Vid., entre otros, Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (1992), trad. J. Malem, Barcelona, Gedisa, 1994, pág. 160; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), trad. M. Gascón, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 1997, pág. 9; Riccardo Guastini, “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ ordinamento italiano”, *Ragion Pratica*, 11, 1998, pág. 185; Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, citado, págs. 52 - 56; Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, citado, pág. 309; José Juan Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, en *The legal ought*, P. Chiassoni (ed.), Torino, Giappichelli, 2001, pág. 38.

<sup>7</sup> Michel Troper, “Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1988/1, trad. P. Comanducci, pág. 61. En el mismo sentido, Carlos Santiago Nino señala que la expresión “constitucionalismo” puede tener una amplia gama de significados, partiendo de una concepción débil que lo identifica con gobierno limitado por el derecho (*rule of law*) y que se fortalece en tanto se añaden mayores contenidos: exigencia de una constitución, principio de estricta legalidad, separación de poderes, independencia del poder judicial, derechos individuales, control judicial de constitucionalidad, hasta llegar a una concepción más robusta y exigente del constitucionalismo, vinculada a un modelo particular de democracia. Vid. *La constitución de la democracia deliberativa* (1996), trad. R. P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 15 – 16.

<sup>8</sup> Por oposición al constitucionalismo antiguo, si cabe hablar del mismo, en el cual la idea de límite al poder no constituye su rasgo

de límites jurídicos al poder<sup>9</sup>, que se fragua bajo la influencia de diversas corrientes filosóficas y tradiciones políticas, no siempre compatibles entre sí - iusnaturalismo, contractualismo, liberalismo, entre otras -, pero que en cualquier caso encuentra su hilo conductor en las ideas de límite y garantía.

En tal sentido se refieren al constitucionalismo, entre otros, Karl Loewenstein cuando afirma que “la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de la limitación al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder”<sup>10</sup>. Nicola Matteucci, quien lo define como una “técnica de la libertad contra el poder arbitrario”<sup>11</sup>. Maurizio Fioravanti señala a su vez que “el constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía”<sup>12</sup>.

Tal acento en la dimensión de límite al poder y garantía de la libertad e inmunidad del individuo permite considerar que históricamente el constitucionalismo ha operado como un discurso de signo negativo, esto es, ha cumplido una función crítica y alimentado una tradición de escepticismo frente a las bondades de los poderes establecidos<sup>13</sup>, con independencia de que algunas de las doctrinas que le han ofrecido sustento hayan servido también como doctrinas de justificación de los sistemas políticos realmente existentes. Así, aunque el constitucionalismo converge con el *iusnaturalismo* en la afirmación de un orden normativo superior a la ley del estado, históricamente el primero retoma dicha idea para alimentar la crítica a los ordenamientos jurídicos existentes y oponerse a toda forma de positivismo ideológico<sup>14</sup>, mientras que algunas doctrinas del derecho natural la han empleado, en sentido inverso, para fundamentar la legitimidad de ordenamientos jurídicos positivos, predicando la obligación incondicionada de obediencia a sus leyes, en tanto conformes al derecho natural, y convirtiendo en pecado la desobediencia al derecho. En tal sentido afirma Bobbio que:

“las doctrinas jusnaturalistas no coinciden siempre [...] con una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley, de la autonomía frente a la heteronomía. En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las

---

definitorio. Cfr. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno* (1939), trad. J.J. Solozábal Echevarría, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 39 – 60; Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (1999), trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, págs. 15 – 31.

<sup>9</sup> Susana Pozzolo, *Neocostitucionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001, pág. 27.

<sup>10</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (1969), trad. A. Gallego Anabitarte, 2ª. ed. española, 2ª. reimp., Barcelona, Ariel, 1982, pág. 150.

<sup>11</sup> Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno* (1976), trad. F. J. Ansuátegui y M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1998, pág. 24.

<sup>12</sup> Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, citado, pág. 85.

<sup>13</sup> Esta idea es destacada por Francis Sejersted cuando señala que la tendencia general del constitucionalismo durante el periodo de las revoluciones del siglo XVIII no fue tomar el poder sino bloquearlo: “la creación de constituciones fue dirigida contra el poder del Estado, quienquiera que ejerciera el poder, fuese el rey o una asamblea elegida de manera democrática”, vid. “La democracia y el imperio de la legalidad: algunas experiencias históricas de contradicciones en la lucha por el buen gobierno”, en *Constitucionalismo y Democracia* (1988), J. Elster y R. Slagstad, eds., trad. M. Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, págs. 156 – 175, aquí pág. 158.

<sup>14</sup> Vid. *Infra*. 2.1.3.

morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad [...] tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia.”<sup>15</sup>

A su vez, el *contractualismo* alentó una concepción secular, artificial e instrumental de las instituciones políticas, al postular el consentimiento de los individuos gobernados como fundamento último de legitimidad del estado; ideas que retma el constitucionalismo en apoyo de su pretensión de límite al poder. Pero, al mismo tiempo, la doctrina del contrato social está en la base del principio de soberanía popular sobre el que se apoya la concepción jacobina de gobierno ilimitado y que desempeñaría un importante papel en la configuración de la tradición jurídica europeo continental, reacia a introducir elementos propios del constitucionalismo como la separación de poderes<sup>16</sup> y el control de constitucionalidad<sup>17</sup>.

Por su parte, es clara la proximidad entre el *liberalismo* y el constitucionalismo en lo que se refiere a la defensa de los derechos de libertad, la afirmación del valor de la autonomía individual y el rechazo de toda forma de dirigismo y paternalismo estatal<sup>18</sup>. Sin embargo, también es posible hallar una vertiente estatalista y anticonstitucional en el pensamiento del liberalismo decimonónico, pues según destaca Fioravanti, esta doctrina hará suya la preocupación por la estabilidad de los nacientes estados liberales, proponiendo una ruptura con la herencia política del período revolucionario y lanzándose a la búsqueda de una fundamentación autónoma de la autoridad del estado, que permita emanciparlo del consentimiento de los gobernados y mantenerlo a resguardo de los vaivenes y la inestabilidad política asociados al poder constituyente. Esta dimensión estatalista del pensamiento liberal se manifestará principalmente en tres aspectos: a) en el aporte a la consolidación de la soberanía nacional como nuevo fundamento más estable y sólido de la autoridad estatal, opuesta a la soberanía popular de base contractualista y voluntarista; b) en la negación de la supremacía jurídica de la constitución y de las declaraciones de derechos – que pasan a ser consideradas ahora como documentos que expresan las contingentes decisiones políticas del poder constituyente - para en

---

<sup>15</sup> Norberto Bobbio, “Jusnaturalismo y positivismo jurídico”, trabajo publicado inicialmente en 1965, cuya versión castellana se encuentra en el libro *El problema del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, 3ª. ed. mexicana, México, Fontamara, 1994, págs. 80 - 81, por la cual cito. Sobre el diferente papel desempeñado por el constitucionalismo y algunas versiones de iusnaturalismo véase a Luis Prieto Sanchís, “Presupuestos ideológicos y doctrinales de la justicia constitucional”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 32 y ss.

<sup>16</sup> En efecto, la idea de dividir el poder se muestra incompatible con el carácter unitario e indivisible de la soberanía que predicara Bodino. De ahí que, para armonizarlo con la soberanía popular, aquél principio se resuelva en una división de poderes con predominio del legislativo, al que se subordinan el ejecutivo y el judicial, a diferencia del constitucionalismo anglosajón donde la separación de poderes da lugar a un sistema de frenos y contrapesos recíprocos y a una relación horizontal entre los poderes públicos. A esta tendencia *monista* a representar la soberanía en uno de los poderes previstos por la constitución se refiere Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, citado, pág. 117.

<sup>17</sup> Sobre las dificultades para implementar en la tradición europeo continental un control jurídico sobre los actos del legislador vid., entre otros, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), 3ª. ed., 2ª. reimp., Madrid, Civitas, 1991, págs. 129 – 134; Roberto Luis Blanco Valdés, *El valor de la constitución Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998, págs. 284 – 352; Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918 – 1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; sobre la propuesta del jurado constitucional, antecedente remoto de los actuales sistemas de control constitucional, vid. Emmanuel Joseph Sieyès, *Escritos y discursos de la revolución*, edición, trad. y notas de R. Máiz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, págs. 251 – 293.

<sup>18</sup> Sobre la vinculación entre constitucionalismo y liberalismo, vid. Carlos de Cabo Martín, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, II, Barcelona, P.P.U., 1993, págs. 278 y ss; Augusto Barbera, “Le basi filosofiche del costituzionalismo”, en *Le Basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Bari, Laterza, 1997, págs. 3 – 42, aquí págs. 14 –17; Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad*, citado, págs. 259 – 284.

su lugar erigir a la ley como centro y cumbre del sistema de fuentes del derecho, en tanto depositaria de los valores de estabilidad y certeza tan caros al pensamiento liberal del siglo XIX; c) en directa relación con lo anterior, el estatalismo liberal contribuirá a confinar el discurso de los derechos en el espacio de la legalidad del estado, desligándolo así del ámbito de las constituciones y declaraciones de derechos – donde se mantuvo durante el período revolucionario y se mantendría en la tradición del constitucionalismo norteamericano – y suprimiendo de este modo su dimensión de límite externo al poder estatal<sup>19</sup>.

Esta dimensión limitadora del poder se aprecia con especial claridad en la que Fioravanti ha denominado la vertiente *garantista* del constitucionalismo, desde la cual la constitución es concebida como la norma que contiene las reglas básicas de la organización política y primordialmente establece límites negativos a la acción estatal, bajo la forma de derechos de libertad. Esta tradición constitucional, hija de la revolución americana y de la experiencia histórica estadounidense, contribuirá a forjar el dogma de la supremacía de la constitución y a procurar su garantía jurisdiccional<sup>20</sup>.

Pero además, Fioravanti ha llamado la atención sobre la existencia de una dimensión *dirigente* del constitucionalismo, que se desarrolla paralela a la anterior, donde la constitución se concibe no ya como un “pacto de mínimos”, sino como encarnación de un proyecto de transformación social y política que se propone como alternativa y ruptura con un estado de cosas considerado no deseable. Desde esta perspectiva se confía a la constitución la tarea de encauzar y modelar tanto a las instituciones políticas como a la sociedad entera conforme a dicho proyecto ideal, para lo cual los poderes públicos han de asumir funciones positivas, de promoción de un estado de cosas que no corresponde a la situación de hecho existente en la sociedad sino más bien a un horizonte ideal que se busca alcanzar a través de la intervención del estado. Fue esta la dimensión del constitucionalismo que se impuso durante el período revolucionario francés, como expresión del afán de ruptura con el antiguo régimen y construcción de una nueva sociedad conforme a los ideales racionalistas de la Ilustración<sup>21</sup>.

En su faz dirigente el constitucionalismo parece perder su vocación de límite negativo a la acción del estado, para en su lugar alentar una función promocional de los poderes públicos, pasando del escepticismo frente a las bondades de un poder ante el que permanecía vigilante a la confianza en su intervención como herramienta de transformación social. No obstante, puede afirmarse que el carácter dirigente que Fioravanti pone de manifiesto no contradice la consideración global del constitucionalismo como una doctrina de límites al poder, básicamente por dos razones: en primer lugar, porque a diferencia de la vertiente garantista que logra consolidarse y pervivir en el contexto estadounidense, la dimensión dirigente no goza de la misma continuidad histórica, sino que se manifiesta episódicamente durante el período revolucionario francés, para luego ser eclipsada durante el largo paréntesis que el siglo XIX supone para la historia del

<sup>19</sup> Maurizio Fioravanti ofrece una completa exposición del estatalismo liberal en *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (1995), trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, págs. 97 – 125.

<sup>20</sup> Por ello se sostiene que “*el constitucionalismo moderno, entendido como técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía, no nace con las Declaraciones de Derechos de la revolución francesa, sino más bien con la Constitución Federal americana de 1787*”, Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, citado, pág. 77.

<sup>21</sup> Refiriéndose a la diversa orientación de los dos modelos del constitucionalismo revolucionario escribe Portinaro que el constitucionalismo americano “*se orienta a institucionalizar un orden ya existente, mientras el francés pretende instaurar un orden que no existe todavía*”; diferencia que cabe reconducir a la distinción entre la tradición garantista y dirigente del constitucionalismo, respectivamente. Pier Paolo Portinaro, “*Il grande legislatore e il custode della costituzione*”, en *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky y otros, Torino, Einaudi, 1996, págs. 5 – 34, aquí pág. 21.

constitucionalismo<sup>22</sup> y reaparecer de nuevo en la segunda mitad del siglo XX, tras la caída de los regímenes totalitarios y la reconstrucción de las democracias europeas, siendo su permanencia a partir de entonces uno de los rasgos peculiares del neoconstitucionalismo. En segundo lugar, porque también el constitucionalismo dirigente desempeñó una función negativa y deslegitimadora respecto a la realidad política que se pretendía superar a través del recurso a una constitución concebida como patrón ideal de una nueva sociedad. Parece claro que la afirmación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, de la igualdad ante la ley y del principio de soberanía popular, que se produjo en el contexto revolucionario francés, contribuyó a socavar los cimientos de una sociedad estamental y de un régimen político fundado sobre los privilegios y la legitimidad monárquica. Igual sucedió tras la caída de los regímenes totalitarios, cuando la suscripción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948 y la posterior oleada de textos constitucionales cargados de principios sustanciales, sirvió en un primer momento para acentuar la ruptura con la experiencia del fascismo<sup>23</sup>. Visto de ese modo, creo que no se incurre en una visión unilateral del constitucionalismo si se le presenta ante todo como una doctrina de limitación del poder, que en su devenir ha desempeñado una función preponderantemente disolvente y crítica de los poderes constituidos.

Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo representa un cambio de signo en el discurso constitucional, que supondrá la asunción de nuevas tareas y, por tanto, ampliará los contenidos del constitucionalismo tradicional. Y esto se debe principalmente a dos razones:

(i) A que la consolidación del estado constitucional tras la segunda mitad del siglo XX representa la convergencia de las vertientes garantista y dirigente del constitucionalismo, que hasta entonces habían transitado por caminos separados<sup>24</sup>. De la primera se retoma la fuerza normativa de la constitución y su garantía jurisdiccional, incluso frente a los actos del legislador. A su vez, la dimensión dirigente se refleja en el recurso a la constitución como instrumento de realización de un proyecto de estado y de sociedad que generalmente no coincide con, y antes bien se propone superar, el estado de cosas realmente existente; en la inclusión de contenidos programáticos en los textos constitucionales - como las cláusulas de derechos sociales - que imponen deberes sustanciales a los poderes públicos, al ordenarles “remover obstáculos” o “promover” las condiciones para el pleno goce de los derechos, y en la tendencia a apelar a la constitución como elemento de integración social y política en reemplazo del ya erosionado principio de soberanía nacional<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Se ha dicho que el estado legislativo - liberal decimonónico representó la negación de ambas facetas del constitucionalismo: de la garantista en tanto se renuncia a imponer límites constitucionales a la soberanía estatal, pero al mismo tiempo de la dimensión dirigente, “al negar al mismo Estado toda aspiración a ser virtuoso, a imponer valores de orden constitucional o directrices queridas por el pueblo soberano, las cuales uniformen y conformen toda la sociedad”. Vid. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, citado, pág. 124.

<sup>23</sup> Esta pretensión de ruptura con el pasado reciente presente en las constituciones de posguerra es destacada por Habermas cuando afirma que “los derechos fundamentales, incluso en su letra y estilo, danse a conocer como enfáticas manifestaciones de voluntad y declaraciones políticas que reaccionan contra experiencias concretas de represión y vulneración de la dignidad humana. En la mayoría de los artículos dedicados a derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra”. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (1992), introd. y trad. M. Jiménez Redondo (sobre la 4ª. ed. alemana), Madrid, Trotta, 1998, pág. 470. En el mismo sentido Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. G. Pisarello, A. J. Estrada, J. M. Díaz Marín, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, págs. 154 – 190, aquí págs. 174 – 176.

<sup>24</sup> Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, citado, pág. 130; Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, citado, pág. 5.

<sup>25</sup> Vid. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, págs. 12 – 14. Sobre la virtualidad de la constitución como elemento de



(ii) Por otra parte, el advenimiento del estado constitucional traerá consigo importantes transformaciones en los sistemas jurídicos que motivan la revisión de la teoría del derecho tradicional de impronta positivista y llevarán a que el discurso del constitucionalismo reciente se amplíe para desarrollar una *teoría y metodología del derecho* dispuesta a dar cuenta de la mayor complejidad de los ordenamientos jurídicos propios del estado constitucional. Asimismo, la función dirigente presente en las constituciones y las tareas de integración y legitimación política que están llamadas a cumplir en el estado constitucional, conducen a que también el constitucionalismo contemporáneo se proyecte en el plano ideológico como una *doctrina de justificación* de dicho modelo estatal.

La convergencia de ambas circunstancias da lugar a un viraje en el discurso del constitucionalismo: sin abandonar su dimensión negativa de límite al poder, el constitucionalismo contemporáneo asumirá también una dimensión “constructiva” que le llevará a ocuparse de cuestiones que antes permanecían por fuera de su horizonte de problemas<sup>26</sup>. Y desde esta segunda perspectiva se presenta ahora como *doctrina de justificación*, como una *teoría* y una *metodología* del derecho referidas todas ellas al estado constitucional. Esto avala, en consecuencia, el uso de la expresión neoconstitucionalismo para destacar las diferencias entre el discurso constitucional actual y el hilo conductor que ha caracterizado el constitucionalismo tradicional.

A continuación paso a referirme a estos nuevos contenidos que conforman la dimensión “constructiva” del neoconstitucionalismo.

## 2. POSITIVISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Dado que, como se explicará más adelante, el neoconstitucionalismo se afirma como alternativa a ciertas tesis del positivismo jurídico, conviene aclarar previamente qué se entiende por éste último para así determinar los puntos de continuidad y de ruptura entre ambos paradigmas. Al respecto se ha hecho clásica la distinción propuesta por Norberto Bobbio entre tres dimensiones del positivismo lógicamente independientes entre sí<sup>27</sup>: como modo de aproximarse a la comprensión del fenómeno jurídico (positivismo *metodológico* o *conceptual*)<sup>28</sup>; como una determinada teoría del derecho (positivismo *teórico*), y como una determinada ideología de la justicia (positivismo *ideológico*).

---

integración social véase la ya clásica obra de Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional* (1928), trad. J. M. Beneyto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, que encontraría un amplio eco en la doctrina constitucional de posguerra.

<sup>26</sup> En tal sentido escribe Fioravanti que “la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del *gobierno limitado* sino también doctrina de los *deberes del gobierno*”. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, citado, pág. 131.

<sup>27</sup> Norberto Bobbio, “Sul positivismo giuridico”, en *Rivista di filosofia*, LII, 1961, págs. 14 – 64, trabajo posteriormente publicado en su obra *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunita, 1965, págs. 100 – 126. Existe versión en castellano incluida como capítulo segundo del libro *El problema del positivismo jurídico*, citado, págs. 37 – 66 (la cual cito en adelante).

<sup>28</sup> Bobbio entiende que el “modo de acercarse al estudio del derecho” y el “método” son cuestiones distintas, pues lo primero se refiere a una actitud frente a la investigación que determina la inclinación por ciertos problemas y, de este modo, la delimitación del objeto de estudio, mientras que el método se circunscribe a los instrumentos o técnicas de investigación, vid. *El problema del positivismo jurídico*, citado, pág. 40. Otros autores que retoman la clasificación del positivismo propuesta por el profesor italiano pasan por alto esta distinción denominando a esta primera vertiente “positivismo metodológico” o “conceptual”; así, Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, págs. 37 y ss; Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª. ed., México, Fontamara, 1999, págs. 49 y ss. En adelante hablaré de “positivismo metodológico o conceptual” para aludir a este núcleo de significados, por entender que la actitud que se asume frente a la investigación no sólo orienta la definición

## 2.1 TRES DIMENSIONES DEL POSITIVISMO

2.1.1. El *positivismo metodológico o conceptual* se asienta sobre dos ideas principales: la *neutralidad*, que lleva a adoptar una postura pretendidamente avalorativa u objetiva frente al objeto de conocimiento y, ligada a la anterior, la *separación conceptual entre derecho y moral crítica*. De estas premisas se derivan importantes consecuencias en orden a la definición del objeto y de la actitud metodológica propia de la ciencia jurídica, como son: a) la consideración del derecho como un *hecho convencional* cuya existencia sólo depende de que haya sido establecido como resultado de ciertas prácticas sociales (la llamada tesis de las “fuentes sociales del derecho”); b) la distinción entre el derecho que “es” y el que “debe ser” y la delimitación del primero como objeto de conocimiento de la ciencia jurídica; c) el empleo de criterios objetivamente verificables para determinar el carácter jurídico de una norma (tales como el órgano y el procedimiento de creación), prescindiendo de la inclusión de elementos valorativos o finalistas en la definición del derecho que condicionen la existencia de las normas a su conformidad con determinados contenidos morales; d) la adopción de un punto de vista externo (propio del observador, no del participante) como condición para desarrollar un modelo de ciencia jurídica “pura”, limitada a la descripción y no a la valoración de su objeto.

2.1.2 Por su parte, el *positivismo teórico* se propone como una teoría general del derecho tradicionalmente vinculada a las siguientes tesis: a) la definición del derecho a partir del elemento de la coactividad; b) una teoría estatalista del derecho; c) una concepción imperativista de la norma jurídica; d) una teoría de las fuentes que afirma la supremacía de la ley y la reducción de la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre al papel de fuentes subordinadas o aparentes; e) la concepción del derecho como sistema ordenado, coherente y pleno, la cual se sustenta bien sea negando la existencia de antinomias y lagunas, o afirmando que el mismo ordenamiento suministra las reglas para resolver este tipo de problemas; f) una concepción lógico - mecanicista de la aplicación del derecho.

No obstante, es necesario señalar que la evolución de la teoría positivista ha determinado la revisión y, en algunos casos, la abierta ruptura con algunas de las tesis antes mencionadas, que conforman su versión más tradicional; de ahí que una caracterización del positivismo teórico no puede hacerse al margen de las transformaciones que han resultado de su dinámica interna. Así, (a) la tesis de la coactividad, que en sus versiones iniciales (Austin, Ihering) define el derecho como un conjunto de normas que se aplican por *medio* de la fuerza, en versiones posteriores (Kelsen, Ross), pasa a concebirlo como orden normativo cuyo *objeto* es disciplinar el uso de la fuerza<sup>29</sup>. (b) La concepción estatalista del derecho, vinculada al positivismo más por razones históricas que lógicas, en tanto se forja al hilo de la consolidación del Estado como institución en la que convergen el monopolio del uso de la fuerza y de la creación jurídica, se ha matizado en la medida en que es posible constatar la existencia de otras instancias infra y supraestatales que disputan a éste el monopolio de la producción jurídica. Por otra parte, (c) la concepción positivista de las normas jurídicas, inicialmente ligada a la teoría imperativista de Austin que postulaba un modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas, actualmente se caracteriza por el reconocimiento de la existencia de diversos tipos de enunciados jurídicos, difícilmente reductibles a una estructura común<sup>30</sup>. (d) En lo que respecta a la teoría de

---

conceptual del objeto, sino que también condiciona la actitud metodológica que se adopta para su comprensión.

<sup>29</sup> Sobre la evolución de la concepción coercitiva del derecho, vid. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993, págs. 157 – 168.

<sup>30</sup> Sobre la evolución de la teoría de la norma jurídica en los autores positivistas, véase Jerónimo Betegón, “La norma jurídica”, en Jerónimo Betegón / Marina Gascón / Juan Ramón de Páramo / Luis Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw Hill,

las fuentes, desde hace varias décadas se asiste a una reformulación del legicentrismo anteriormente imperante, para reconocer el papel creativo de la jurisprudencia como fuente de derecho; fenómeno ligado a otras importantes transformaciones ocurridas al interior del positivismo teórico, como son (e) el reconocimiento del carácter limitado del derecho<sup>31</sup>, en abierta ruptura con las ideas de plenitud y coherencia afirmadas por el positivismo temprano<sup>32</sup> y (f) el abandono de la concepción mecanicista de la adjudicación en favor de la tesis de la discrecionalidad judicial. Precisamente el reconocimiento de la discrecionalidad judicial, emprendido por autores como Kelsen y Hart, supone una de las transformaciones más importantes de la teoría jurídica positivista, al punto que se destaca, junto a la tesis de las fuentes sociales y la separación conceptual entre derecho y moral, como uno de los elementos nucleares del positivismo jurídico en la actualidad<sup>33</sup>.

2.1.3. Finalmente, el *positivismo ideológico* es una doctrina de justificación del derecho dirigida a proporcionar razones para su obediencia. En su versión más extrema, esta forma de positivismo asimila los criterios de validez jurídica (o de existencia normativa) y de justicia, postulando, en consecuencia, la identificación del derecho positivo con el derecho justo y, a partir de ella, la obligación moral incondicionada de prestarle obediencia. Este planteamiento ha sido el principal blanco de las críticas dirigidas contra el positivismo jurídico pero, como explica Hoerster, se trata de una imputación falsa, no sólo porque una obligación de obediencia en semejantes términos no ha sido defendida por ningún autor positivista, sino porque además ella resulta incompatible con la tesis de la neutralidad que integra el núcleo del positivismo<sup>34</sup>.

## 2.2 CUATRO ASPECTOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Así como la afirmación del positivismo, en los tres aspectos considerados, aparece históricamente vinculada a la progresiva consolidación del estado moderno y conoce sus más importantes desarrollos en el contexto del estado legislativo de derecho<sup>35</sup>, también el neoconstitucionalismo delimita sus propias coordenadas espacio – temporales, acaso de manera más expresa y consciente que las teorías positivistas y, en tal sentido, los planteamientos asociados a este paradigma no suelen tener vocación de generalidad, sino que explícitamente se proponen como un conjunto de tesis dirigidas a explicar, conocer y justificar un particular modelo de organización política, que se identifica con el estado constitucional de derecho<sup>36</sup>. De ahí

---

1997, págs. 130 – 140.

<sup>31</sup> Según esta tesis, que integra el núcleo del positivismo hartiano, “el contenido de las normas jurídicamente válidas no determina la calificación normativa de todas las acciones”, vid. Herbert L.A. Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, 36, 1980, trad. F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo, págs. 3 – 19.

<sup>32</sup> Los postulados de plenitud y coherencia han sido reformulados y en la actualidad se conciben no como enunciados descriptivos de los sistemas jurídicos sino como ideales a los que el derecho no debe renunciar si quiere preservar valores como la certeza, la igualdad y una mínima pretensión de racionalidad. Así lo destacan, entre otros, Luigi Ferrajoli, “Filosofía analítica del diritto e dimensione pragmática della scienza giuridica”, en *Scritti per Uberto Scarpelli*, L. Gianformaggio y M. Jori, edit., Milano, Giuffrè, 1997, págs. 362 y ss (La versión española de este trabajo, donde el autor introduce algunas modificaciones, ha sido incluida como primer capítulo del libro *El garantismo y la filosofía del Derecho*, citado, págs. 21 – 64, aquí, pág. 43); Marina Gascón Abellán, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias”, en *Lecciones de Teoría del Derecho*, citado, pág. 284.

<sup>33</sup> Vid. Herbert L.A. Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, citado, pág. 5; José Juan Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, citado, pág. 39.

<sup>34</sup> Vid. Norbert Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1992, págs. 16 – 17.

<sup>35</sup> Sobre la vinculación fáctica o histórica entre los diversos aspectos del positivismo, véase Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, citado, págs. 44 y 48.

<sup>36</sup> En tal sentido Luis Prieto destaca que el neoconstitucionalismo como ideología se limita “a estimular el compromiso moral de los

que la caracterización del neoconstitucionalismo deba partir de una descripción previa del tipo de estado y de ordenamiento jurídico que le sirve de sustento. En consecuencia, tomando la clasificación propuesta por los profesores Comanducci y Prieto<sup>37</sup>, cabe distinguir cuatro aspectos del neoconstitucionalismo:

2.2.1 Un modelo de organización política y jurídica, que corresponde al denominado *estado constitucional de derecho*, de cuya caracterización me ocuparé más adelante<sup>38</sup>.

2.2.2 Una *teoría jurídica* que se propone explicar dicho modelo, reformulando algunas de las tesis asociadas al positivismo teórico, en particular las relacionadas con: a) la *teoría de las fuentes*, donde a partir de la supremacía de la constitución se reformula el lugar de la ley en el sistema de fuentes, su relación con la jurisprudencia y, en general, se propicia una apertura a la pluralidad de fuentes del derecho<sup>39</sup>; b) la *teoría de las normas*, al plantear la existencia de diversos tipos de enunciados normativos no reducibles a una estructura común, destacando entre ellos el papel de los principios en el razonamiento jurídico; c) la *teoría de la interpretación*, donde, por una parte, el reconocimiento de la discrecionalidad judicial, emprendido por los mismos autores positivistas (Kelsen, Hart), es sometido a revisión por cierto sector de la filosofía jurídica, dentro del cual resulta especialmente significativa la tesis de la unidad de respuesta correcta sostenida por Dworkin. Por otra parte, se estimula el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, y en particular, de la argumentación judicial, en un intento de racionalizar la adjudicación del derecho<sup>40</sup>. En este ámbito se sitúa la reflexión teórica en torno al principio de proporcionalidad como un desarrollo específico de la teoría de la argumentación orientada a la aplicación de los principios. En general puede afirmarse que, salvo la negación dworkiniana de la tesis de la discrecionalidad judicial, los desarrollos del neoconstitucionalismo como teoría jurídica no difieren en lo sustancial de los planteamientos del positivismo teórico maduro.

2.2.3 Donde si se aprecian importantes diferencias es en las tesis adscritas al llamado *neoconstitucionalismo metodológico o conceptual*, las cuales apuntan a una revisión del concepto de derecho y del modelo de ciencia jurídica propias del positivismo, esto es, de las tesis de la neutralidad, la separación conceptual entre derecho y moral crítica, la adopción del punto de vista externo y el papel descriptivo de la ciencia jurídica. Desde finales de los sesenta dichos planteamientos han sido objeto de controversia por cierto sector de la filosofía jurídica y la dogmática constitucional, que ve la incorporación de principios constitucionales en los ordenamientos actuales como una vía de penetración de la moral en el derecho. A partir de esta tesis se postula:

a. La existencia de una conexión *necesaria* entre ambos órdenes normativos, que para algunos opera en el plano de la identificación del derecho, mientras que otros la sitúan en el plano de la justificación, esto es,

---

funcionarios y la obediencia de los ciudadanos respecto al derecho emanado de un Estado constitucional”, vid. “La doctrina del Derecho Natural”, en *Lecciones de Teoría del Derecho*, citado, pág. 66; Alfonso García Figueroa, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, citado, págs. 172 y ss; a su vez, Santiago Sastre Ariza se ha ocupado de las transformaciones que este paradigma supone para el modelo de ciencia jurídica en su trabajo *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999, págs. 125 – 254.

<sup>37</sup> Vid. Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo...”, citado, pág. 75; Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, citado, págs. 201 y ss.

<sup>38</sup> Vid. *infra* epígrafes 3 y 4.

<sup>39</sup> Vid. Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

<sup>40</sup> Vid. Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

como elemento necesario para dar cuenta de su carácter práctico.

La tesis de la conexión identificativa sostiene que no es posible definir el derecho sin hacer referencia a la moral, pues sólo de este modo se logra diferenciarlo de otros órdenes coactivos (vgr. distinguir la orden del funcionario de hacienda de la de un asaltante). Esta es, por ejemplo, la postura de Robert Alexy, quien define el derecho como un sistema normativo que incorpora una *pretensión de corrección* y cuyos contenidos, globalmente considerados, no superan el umbral de lo extremadamente injusto<sup>41</sup>. Puede advertirse que planteamientos como el de Alexy, y así lo admite expresamente este autor, vinculan el concepto de derecho a una dimensión ideal y normativa, en contra de la radical exclusión de elemento valorativos en la definición del derecho defendida por el positivismo metodológico<sup>42</sup>.

Por su parte la conexión justificatoria es sostenida por autores como Nino, quien afirma que el derecho, en cuanto hecho, no puede derivar su obligatoriedad de sí mismo pues ello supondría incurrir en una falacia naturalista. Su fuerza obligatoria, esto es, su consideración como razón para la acción, depende de su justificación, y esta a su vez sólo puede apoyarse sobre principios morales, en virtud del principio de unidad del razonamiento práctico (que en el autor argentino aparece vinculado a la primacía de la moral), con lo cual la argumentación jurídica resulta ser, en último término, una forma de argumentación moral<sup>43</sup>.

Sobre este punto cabe precisar, en primer lugar, que la conexión entre derecho y moral sostenida desde el neoconstitucionalismo se circunscribe al ámbito de los principios constitutivos o criterios de identificación del sistema, esto es, se produce a través de las normas constitucionales, a diferencia del iusnaturalismo tradicional, que concibe dicha relación norma a norma, es decir, exige la moralidad de cada norma individualmente considerada como condición de su validez jurídica<sup>44</sup>. En segundo lugar, el neoconstitucionalismo postula una vinculación *necesaria* entre derecho y moral, con lo cual se diferencia de la tesis sostenida por cierto sector del positivismo – el llamado “positivismo inclusivo” o “soft positivism” - que admite dicha vinculación pero sólo con carácter *contingente*, esto es, a condición de que el sistema jurídico haya incorporado pautas morales como criterios de identificación de las normas válidas<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Vid. *El concepto y la validez del derecho*, citado, pág. 123.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pág. 85. En la misma dirección, Philip Soper señala que el derecho está vinculado conceptualmente a una “*pretensión de justicia*” o de “*aceptabilidad*” basada en la creencia de que el sistema se encuentra establecido en interés de todos; así entendido, el derecho se define como una combinación de “sanción organizada con la pretensión de justicia por parte de aquellos quienes tienen el control de la aplicación de sanciones”. Vid. *Una teoría del derecho* (1984), trad. R. Caracciolo en colaboración con S. Vera, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 95 y ss.

<sup>43</sup> Vid. Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, págs. 43 - 83.

<sup>44</sup> Vid. Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, citado, págs. 51 – 52; Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política...*, citado, pág. 59. En la misma dirección avanza Jürgen Habermas cuando señala que la vinculación del derecho a la moralidad opera en virtud de “*los contenidos morales implícitos en las cualidades formales del derecho*”, esto es, a través de la existencia de procedimientos jurídicos de fundamentación permeables a discursos morales. Vid. “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, (1987), en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. e intr. M. Jiménez Redondo, Barcelona, Paidós, 1991, págs. 131 – 172, aquí págs. 160 y 163.

<sup>45</sup> Vid. Herbert L. A. Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, citado, pág. 7; del mismo autor su “Postscript” (1994) a *The Concept of Law*, P. A. Bulloch y J. Raz, eds., 2ª. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997. Existe traducción al español de M. Holguín, incluida en el volumen *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre – Universidad de Los Andes, 1997, págs. 89 – 141, aquí pág. 106, por la cual cito en adelante; José Juan Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, citado, págs. 42 – 43.

b. Por otra parte, en su vertiente metodológica el neoconstitucionalismo postula que la adopción del punto de vista interno o del participante es condición necesaria para la comprensión del fenómeno jurídico. Para ello se argumenta que la determinación del derecho válido ya no depende sólo de elementos formales, objetivamente verificables, tales como el procedimiento y el órgano competente, sino de la conformidad de su contenido con las normas superiores de producción, lo que implica un juicio de validez material que en última instancia obliga al sujeto cognoscente a realizar valoraciones en la esfera de lo que “debe ser” de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico, es decir, no se limita a describir la regla de reconocimiento del sistema, sino que debe además emplearla para determinar el derecho válido, actitud que caracteriza el punto de vista del participante, a diferencia del punto de vista del observador que se limita a la descripción externa del fenómeno:

La discusión sobre el “punto de vista” sin duda se ha alimentado de la ambigüedad de esta expresión. Solo para efectos de elucidar el sentido en que aquí se emplea propongo distinguir entre punto de vista: a) *externo*, característico del observador que describe el fenómeno jurídico desde fuera, sin hacer juicios acerca de lo que es debido conforme al sistema jurídico que describe, ni comprometerse con aquello que describe); b) *Interno*: b.1) “*comprensivo*”: asume la vinculación del derecho a la moral social, emplea esos criterios valorativos para determinar el derecho válido (y en esa medida utiliza la regla de reconocimiento y se convierte en un “participante” del juego) y admite que la aceptación del sistema jurídico por buena parte de los operadores jurídicos es condición de su existencia, pero ello no supone que el participante preste adhesión moral al derecho que identifica como válido. Así entendido, el punto de vista interno se definiría a partir de su elemento “cognoscitivo” y coincidiría con el punto de vista “hipotético” al que se refiere Joseph Raz, o con el punto de vista externo “moderado” del que habla Hart; b.2) “*moral*”: además de lo anterior, supone del participante la aceptación moral del ordenamiento jurídico, esto es, incorpora un elemento “volitivo”, con lo cual, en esta modalidad del punto de vista interno de algún modo se funden las perspectivas de la moral social y la moral crítica<sup>46</sup>.

Pues bien, algunos autores entienden que la adopción del punto de vista interno que aquí llamo “comprensivo” es condición necesaria para dar cuenta del derecho propio del estado constitucional<sup>47</sup>, mientras otros parecen ir más allá y postular la adopción del punto de vista “moral”<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Vid, entre la amplia bibliografía que se ocupa del tema, Herbert L.A. Hart, *El Concepto de Derecho*. 2ª. ed., México, Editora Nacional, 1980, págs. 70 – 77, 110 - 113; Neil MacCormick, *Legal Reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 63 – 64, 139 – 140, 275 - 292; del mismo autor, *H.L.A. Hart*, Stanford – California, Stanford U. P., 1981, pág. 38; Joseph Raz, *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, 2a ed., México, Universidad Nacional Autónoma, 1985, págs. 199 y ss; Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, citado, págs. 30 y ss; Carlos Santiago Nino, *Derecho, Moral y Política...*, citado, págs. 43 y ss; Santiago Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, citado, págs. 69 – 123; sobre la relación entre punto de vista interno y lealtad vid. Albert Calsamiglia, *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000, págs. 84 - 87.

<sup>47</sup> Así, en el modelo de ciencia jurídica propuesto por Luigi Ferrajoli, la formulación de juicios de validez presupone la adopción de un punto de vista interno así entendido, si bien conviene aclarar que el profesor de Camerino utiliza la expresión “punto de vista” con un significado que se aparta del que suele emplearse en el ámbito de la filosofía jurídica. Vid. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (1989), 1ª. ed. en castellano, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, págs. 852 – 853, 905 – 957. En el mismo sentido apunta Luis Prieto al señalar que “un punto de vista moderadamente externo o, si se prefiere, moderadamente interno puede ser el más idóneo para la dogmática constitucional”, enfatizando al mismo tiempo que “para comprender no es imprescindible sentirse comprometido”. *Constitucionalismo y positivismo*, citado, pág. 63.

<sup>48</sup> Así, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986. Existe traducción al castellano de C. Ferrari bajo el título *El imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988 (2ª. ed. 1992). Un detallado examen del modelo de ciencia jurídica que propone puede verse en Santiago Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, citado, págs. 178 y ss.

c. También desde el neoconstitucionalismo se cuestiona la posibilidad y plausibilidad de desarrollar una ciencia jurídica que prescindiera de las valoraciones y se limite a la descripción del fenómeno jurídico, destacando en cambio la dimensión prescriptiva y práctica que ha de estar presente en el saber jurídico, tanto en el plano dogmático como en el de la teoría del derecho. En tal sentido Luigi Ferrajoli afirma que el paradigma constitucional impone a la ciencia jurídica una doble dimensión – descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico -, estableciéndose una “*circularidad normativa entre derecho y ciencia jurídica*” que se explica porque “*el objeto de la teoría, en los sistemas basados en el paradigma constitucional, es no sólo el derecho vigente sino también, precisamente, un modelo, o si se quiere, un proyecto de derecho – el diseñado por la Constitución – y por lo tanto no sólo el ser, sino el deber ser del derecho mismo*”<sup>49</sup>. Ligado a lo anterior, se renuncia a la pretendida neutralidad del jurista teórico a favor de una actitud “comprometida” con el desarrollo de los valores propios del constitucionalismo<sup>50</sup>.

Vemos como la mayor parte de las discrepancias entre positivismo y neoconstitucionalismo se centran en el concepto de derecho y su relación con la moral crítica, así como en el papel de la ciencia jurídica. Así, muchos autores que admiten las tesis del neoconstitucionalismo como teoría, defienden sin embargo la vigencia de los postulados del positivismo metodológico por considerar que estos no quedan desmentidos por la realidad de los actuales sistemas jurídico y porque, más aún, la separación entre derecho y moral crítica y la adopción de un punto de vista que no implique adhesión moral, no sólo favorecen una mejor comprensión del fenómeno jurídico sino que ofrecen la perspectiva necesaria para enjuiciar la legitimidad externa de los sistemas jurídicos y evitar instrumentalizar la ciencia jurídica como discurso legitimador de órdenes más o menos injustos<sup>51</sup>. También se critica el “imperialismo de la moral” presente en planteamientos como el de Nino quien, al reducir el punto de vista normativo al punto de vista moral, entiende que la obligatoriedad del derecho sólo puede fundarse en su moralidad. Los detractores de esta tesis afirman, por el contrario, la posibilidad de dar cuenta del carácter práctico del derecho sin renunciar a la separación positivista entre derecho y moral<sup>52</sup>. Finalmente, otros autores dirigen sus objeciones contra la dimensión prescriptiva y práctica

<sup>49</sup> Vid. *El garantismo y la filosofía del derecho*, citado, págs. 60 y 62; también Carlos Santiago Nino reclama un modelo de ciencia jurídica “*normativa*” capaz de dar cuenta de “*lo que los juristas efectivamente hacen y las funciones que satisfacen, proporcionando un esquema de argumentación jurídica que se ajuste a esa actividad*” y que suministre “*pautas de lege ferenda que permitan justificar y enjuiciar regulaciones jurídicas positivas y orientar su eventual modificación*”, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica* (1979), 2ª ed., México, Fontamara, 1995, págs. 21 y ss; por su parte, Robert Alexy señala que la ciencia del derecho, tal y como se cultiva en la actualidad, es una disciplina práctica, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª. ed. en castellano, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 33. Desde otros presupuestos, Gustavo Zagrebelsky destaca el carácter práctico de la ciencia del derecho, que explica por la necesaria vinculación al caso concreto que asume el saber jurídico en un ordenamiento jurídico basado en principios y por la imposibilidad de reconducir su tratamiento al método lógico formal propio del positivismo. Vid. *El derecho dúctil...*, citado, págs. 120 – 126.

<sup>50</sup> Es lo que sugiere Ferrajoli cuando propone como tareas de la ciencia jurídica la búsqueda de garantías para hacer efectivos los contenidos constitucionales y la crítica del derecho inválido. Pero al mismo tiempo el profesor de Camerino se mantiene distante del que denomina críticamente “constitucionalismo ético”, al destacar la necesidad de enjuiciar a los sistemas jurídicos desde una perspectiva externa. *Derecho y Razón...*, citado, pág. 886. En el ámbito de la teoría constitucional Konrad Hesse apuesta por un modelo de ciencia “comprometida” cuando señala entre las tareas de la ciencia del derecho constitucional la de “despertar y mantener la voluntad de constitución”, vid. “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, págs. 73 y ss.

<sup>51</sup> Así, Luis Prieto Sanchis, *Constitucionalismo y positivismo*, citado, págs. 58 – 96

<sup>52</sup> En tal sentido vid. Mauro Barberis, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, citado, págs. 270 y ss; Cristina Redondo, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *Doxa*, 21- II, 1998, págs. 355 – 370; Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo...”, citado, págs. 93 y ss.

necesariamente asociada a la ciencia jurídica según el nuevo paradigma, características que si bien algunos consideran admisibles en el plano de la dogmática, parecen del todo ajenas a una teoría del derecho que quiera mantenerse fiel a las premisas del positivismo metodológico<sup>53</sup>.

2.2.4. El neoconstitucionalismo también se manifiesta como una *ideología*, esto es, una filosofía política que concibe al estado constitucional como un marco justo para el ejercicio del poder y, a partir de ella, algunos autores sostienen que, al menos en los sistemas políticos que se ajustan a dicho modelo, es predicable una obligación de obediencia al derecho<sup>54</sup>. La vertiente ideológica del neoconstitucionalismo se ve fortalecida por la fuerte carga axiológica y la dimensión dirigente presente en los textos constitucionales, concebidos como elementos generadores de consenso y dinamizadores de un “patriotismo constitucional” que en las actuales sociedades pluralistas y multiculturales de occidente viene a suplir el recurso a la idea de nación<sup>55</sup>. Como ha sido puesto de manifiesto, esta forma del neoconstitucionalismo se expone al riesgo de desembocar en la misma actitud de apología y genuflexión ante el poder que motivó el rechazo del positivismo ideológico; de ahí que pueda considerarse esta variante del neoconstitucionalismo como el positivismo ideológico de nuestros días<sup>56</sup>.

Para los efectos de este trabajo interesa ocuparnos del neoconstitucionalismo en la primera de sus vertientes, esto es, de su consideración como modelo de organización política y de las características que exhiben los sistemas jurídicos propios de dicho modelo estatal.

---

<sup>53</sup> Así, Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo...”, citado, págs. 88 y ss.

<sup>54</sup> Vid. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 1ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989, págs. 400 – 411, quien sostiene la obligación moral de obediencia al derecho emanado de un sistema democrático, siempre y cuando éste cumpla los requisitos que le confieren valor epistémico a la democracia. En el mismo sentido Eusebio Fernández sostiene que “hay una obligación moral de obedecer al Derecho justo y a las disposiciones jurídicas justas... Se entenderá que un sistema jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales”, *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 21. También Francisco Laporta defiende la existencia de una obligación política en términos semejantes, “Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate”, *Doxa*, 6, 1989, págs. 139 – 140.

<sup>55</sup> El papel del constitucionalismo como elemento generador de identidad social y legitimidad política ha sido destacado por el pensamiento constitucional fiduciario de la teoría de la integración de Rudolf Smend, en especial por autores como Peter Häberle en Alemania (vid. entre otros, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la constitución” (1975), en *Retos actuales del Estado Constitucional*, trad. X. Arzoz Santiesteban Oñati, IVAP, 1996, págs. 16 – 46; *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. e introd. E. Mikunda Franco, Madrid, Tecnos, 2000) o Pablo Lucas Verdú en España, *El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1985. También desde la filosofía política se ha ocupado del tema Jürgen Habermas, “Patriotismo de la Constitución en general y en particular”, en *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, trad. e introd. M. Jiménez Redondo, Tecnos, 1991, págs. 211 – 222; Juan Carlos Velasco Arroyo, “Los contextos del patriotismo constitucional”, *Cuadernos de Alzate*, 24, 2001, págs. 63 – 80; José Ignacio Lacasta-Zabalza, “Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español”, en Javier de Lucas y otros, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, págs. 31 – 126, aquí págs. 32 – 34. Por otra parte, un buen ejemplo de la utilización ideológica y partidista del discurso constitucional puede verse en el reciente debate suscitado en España a propósito del “patriotismo constitucional”.

<sup>56</sup> Vid. Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo:...”, citado, pág. 13.



### 3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MODELO DE ORGANIZACIÓN POLÍTICA: EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

#### 3.1 ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES: ESTADO LEGISLATIVO DE DERECHO / ESTADO CONSTITUCIONAL, ESTADO LIBERAL / ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En la literatura que se ocupa del tema es frecuente hallar que el estado constitucional se define en oposición a, o como una superación del, estado legal o estado liberal de derecho<sup>57</sup>. Por otra parte, un sector de la doctrina y buena parte de la jurisprudencia constitucional suele emplear los términos estado constitucional y estado social de derecho para hacer referencia al modelo político que se impone en buena parte de los estados de occidente tras la segunda mitad del siglo XX, sin que se aclare si ambas expresiones se emplean como intercambiables o si, a pesar de su estrecha relación, se reserva a cada una un significado propio. Dado que tal solapamiento conceptual favorece equívocos e imprecisiones, parece aconsejable introducir algunas estipulaciones sobre el sentido en que se emplearán en adelante algunos términos.

Tomando como punto de partida una definición de estado de derecho como un arquetipo de organización política que exige el sometimiento del poder al derecho, propongo distinguir entre los aspectos *formales* y *sustanciales* que asume dicha vinculación. Por los primeros entenderé aquí el conjunto de técnicas empleadas para asegurar el control jurídico del poder: reconocimiento de derechos<sup>58</sup>, separación de poderes, principio de legalidad, control judicial, principalmente. A su vez, los segundos se refieren a los contenidos que condicionan aquello que el poder político debe o no debe decidir y que determinan la naturaleza de los derechos y el tipo de obligaciones que correlativamente imponen. Cada una de estas perspectivas abre el paso a ulteriores distinciones: desde la dimensión que aquí denomino formal cabe distinguir entre estado legislativo de derecho y estado constitucional de derecho; si, por el contrario, se adopta una perspectiva material se plantea la distinción entre estado liberal y estado social de derecho.

<sup>57</sup> Así, en opinión de Gustavo Zagrebelsky, el estado constitucional supone un “auténtico cambio genético” respecto de los postulados del estado de derecho legislativo”, *El derecho dúctil...*, citado, págs. 33 – 34. Por el contrario otros autores establecen una relación de continuidad entre ambos modelos; tal es el caso de Manuel García Pelayo, quien afirma que “*el Estado Constitucional de Derecho no anula, sino que perfecciona al Estado legal de Derecho*”, vid. “Estado legal y Estado Constitucional de Derecho”, en *Obras Completas*, III, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 3029; también Luis Prieto, quien concibe al estado constitucional como “*una fórmula del Estado de Derecho, acaso su más cabal realización*”, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, citado, pág. 206; asimismo, Luigi Ferrajoli lo interpreta como “*un ‘perfeccionamiento’ del estado legislativo de derecho*”, vid. la respuesta del profesor italiano a las observaciones formuladas a su ponencia “Estado de Derecho: entre pasado y futuro”, recogidas en el volumen *Cuaderno del Seminario Público: Cambio de paradigma en la filosofía política*, Madrid, Fundación Juan March, 2001, pág. 131. Por su parte, Elías Díaz critica la contraposición esencialista “*entre un casi perverso Estado legislativo de Derecho y un casi perfecto Estado constitucional de Derecho*”, vid. del autor, “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en *Estado, Justicia, Derechos*, E. Díaz y J. L. Colomer (edits.), Madrid, Alianza, 2002, págs. 75 – 104, aquí pág. 86.

<sup>58</sup> Cabe distinguir entre: a) el reconocimiento de derechos como técnica jurídico formal de limitación del poder y b) el contenido específico del que se dotan tales derechos. El análisis de (a) se enmarca dentro de lo que denomino perspectiva formal del estado de derecho, mientras que (b) corresponde a la dimensión sustancial del mismo.

3.1.1 Las diferencias entre el *estado legislativo* y el *estado constitucional* de derecho radican principalmente en la comprensión y alcance que cada uno de ellos confiere a los mecanismos de control del poder característicos del estado de derecho: reconocimiento de derechos, separación de poderes, principio de legalidad, control judicial; divergencias que a su vez pueden ser reconducidas a la idea de soberanía que está en la base de cada uno de estos modelos: así, el estado legislativo de derecho se edifica sobre la comprensión clásica de la soberanía como *potestas legibus solutus*, desde la cual queda ocluida toda posibilidad de establecer límites jurídicos al soberano<sup>59</sup>. Tales atributos se transmiten a la ley, expresión jurídica de la voluntad soberana, cuyos caracteres formales de generalidad y abstracción, por otra parte, la erigían en prenda de garantía de igualdad, certeza y previsibilidad, en suma, de racionalidad en el ejercicio del poder. Estas premisas darán lugar a sostener: a) una concepción rígida de la *separación de poderes* que impide la articulación de mecanismos de equilibrio y control recíproco entre los poderes públicos y, en cambio, permite asegurar la subordinación de los restantes poderes al legislativo, al concebirles como simples ejecutores o aplicadores de la voluntad de aquél<sup>60</sup>; b) la identificación del *principio de legalidad* con el imperio de la ley en el sistema de fuentes, su carácter vinculante para los demás poderes públicos y la reserva de ley como garantía de los derechos de los ciudadanos<sup>61</sup>; c) la dependencia de los *derechos* respecto de la ley, esto es, el reconocimiento legal como condición necesaria para la existencia jurídica de los derechos y, correlativamente, su exclusión como parámetro de control de los actos del legislador; d) finalmente, el *control judicial* apenas alcanza los actos de los jueces y de la administración, a través del recurso de casación y del establecimiento de la jurisdicción contencioso – administrativa, respectivamente, erigida esta última en carta de triunfo sobre las inmunidades y prerrogativas del ejecutivo, largo tiempo conservadas como último reducto del absolutismo monárquico<sup>62</sup>. Todo ello va delineando, en suma, una arquitectura institucional en la que el poder legislativo no encuentra límites jurídicos a su ejercicio ni sus actos resultan justiciables, la ley aparece como máximo horizonte de la juridicidad y las constituciones, privadas del valor normativo que tuvieron en la génesis del constitucionalismo revolucionario, solo tendrán relevancia jurídica una vez reducidas a una dimensión formalista y orgánica, quedando el resto de sus contenidos como simples declaraciones políticas

<sup>59</sup> En aquellos regímenes donde la experiencia revolucionaria trae consigo un desplazamiento definitivo del titular de la soberanía a favor del “pueblo” o de la “nación”, como ocurre en la Francia revolucionaria o durante la III República, este entendimiento de la soberanía dará lugar a una concepción igualmente absolutista de la democracia. No ocurrirá lo mismo en sistemas como el alemán, el italiano durante la vigencia del Estatuto Albertino, el español, y, en general, aquellos donde persiste un dualismo no resuelto entre principio monárquico y representativo que da lugar a formas de “soberanía indecisa”, en las que la afirmación del legalismo no supone al mismo tiempo la exaltación de la voluntad mayoritaria. Como es sabido, la teoría jurídica alemana resolverá el problema de mantener la unidad del soberano trasladando su titularidad al “estado” y desvinculando así la idea del *Rechtsstaat* de cualquier connotación democrática. Sobre la oposición del derecho público europeo al principio democrático vid. Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, citado, pág. 147.

<sup>60</sup> Esta interpretación es válida sólo respecto a aquellos sistemas donde la Asamblea Legislativa concentra la representación de la “nación”, siendo los demás órganos sólo autoridades derivadas cuya capacidad de actuar depende de una previa autorización legislativa. Por el contrario, en los regímenes donde conviven los principios monárquico y representativo tanto el Ejecutivo como el Parlamento tienen fuentes de legitimidad independientes, y en tales casos la ley no interviene como condición necesaria para habilitar la actuación del Ejecutivo, sino sólo para delimitar sus potestades.

<sup>61</sup> Sobre el significado del principio de legalidad de la Administración, entendido básicamente como primacía de la ley y reserva legal, vid. Dietrich Jesch, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad* (1960), trad. M. Heredero, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, págs. 38 – 45; sobre las connotaciones del “imperio de la ley” vid. Liborio Hierro, “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa*, 19, 1996, págs. 287 – 308, aquí págs. 287 y ss.; Francisco Laporta, “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, en *Estado, justicia, derechos*, citado, págs. 105 – 132, aquí págs. 106 - 114

<sup>62</sup> Como bien se ilustra en el clásico opúsculo de Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo* (1974), 3ª. ed., reimp., Madrid, Civitas, 1989, págs. 13 – 20.

carentes de fuerza normativa. La primacía del legislador y, por tanto, de la ley se configura así como el rasgo más sobresaliente del estado legislativo de derecho, que encuentra en tal legicentrismo su cauce de unificación jurídica y política<sup>63</sup>.

3.1.2 Por el contrario, el estado constitucional de derecho se nutre de una idea de soberanía limitada<sup>64</sup>, que a su vez se traduce en un entendimiento de la democracia compatible con la búsqueda de límites al poder de las mayorías. Esta concepción parte de reconocer la existencia y protección de las minorías como condición de posibilidad de la democracia y de considerar los derechos fundamentales como un “coto vedado”<sup>65</sup> que modera el alcance de la regla de mayorías, a fin de salvaguardar los presupuestos que hacen de ella un mecanismo de decisión colectiva especialmente valioso. Será ésta la idea de democracia presente en los orígenes del constitucionalismo estadounidense y que, con mayor dificultad, se abrirá espacio en el pensamiento constitucional europeo hasta su consolidación definitiva tras la segunda mitad del siglo XX<sup>66</sup>, en

<sup>63</sup> Vid. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, págs. 29 – 33. Sin embargo, tal legicentrismo tuvo un carácter más bien mítico que real, como advierte Luis Prieto al señalar que por razones como “*la reacción del principio monárquico o la práctica del sufragio censitario, la ley expresión del poder supremo encarnado en la soberanía del pueblo operó más como justificación ideológica que como instrumento efectivo de ordenación social; si se quiere, fue el instrumento para la legitimación del Estado empírico con las herramientas del Estado racional*”, “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional”, en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, pág. 17, nota 56.

<sup>64</sup> La dificultad para compatibilizar el constitucionalismo y la concepción tradicional de soberanía ha llevado a algunos autores a intentar superar la contradicción que supone la idea de limitación jurídica del soberano a través de propuestas como: una redefinición del concepto que permita distinguir entre soberano 0 y soberano 1 (vid. Ernesto Garzón Valdés, “Las limitaciones jurídicas del soberano” (1983), en *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 181 – 200, aquí 199); una reinterpretación de la soberanía popular en términos de un procedimiento democrático que satisfaga exigentes presupuestos comunicativos (Jürgen Habermas, “La soberanía popular como procedimiento” (1988), en *Facticidad y validez*, citado, págs. 589 – 617); una concepción de “soberanía escalonada” (Liborio Hierro, “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, citado, pág. 306); sostener la “soberanía de la constitución” o una “constitución sin soberano” (Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, págs. 10 – 14); afirmar categóricamente como Kriele que “en el estado constitucional no hay soberano” (Martín Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático* (1975), trad. E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 149); o, en definitiva, proponer el abandono del concepto, como sugiere Luigi Ferrajoli, “La soberanía en el mundo moderno”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, citado, pág. 126.

<sup>65</sup> Tomo prestada la gráfica expresión acuñada por Ernesto Garzón Valdés en “Representación y Democracia” (1989), incluido en el volumen *Derecho, Ética y Política*, citado, págs. 631 – 650, aquí pág. 645.

<sup>66</sup> Como es sabido, la tradición constitucional estadounidense no se enfrenta a la necesidad de fortalecer la posición del legislativo en oposición a la del monarca, pues por el contrario la revolución americana se dirige en contra de la omnipotencia del Parlamento inglés. Por tal motivo, allí arraigará una idea de la democracia compatible con el establecimiento de límites constitucionales que hizo posible que estuviesen presentes con más de un siglo de antelación las condiciones que sólo tras la segunda mitad del siglo XX permitirían en Europa continental el surgimiento del estado constitucional. No obstante también es posible hallar en el pensamiento político europeo algunos precedentes significativos de una concepción de democracia compatible con el constitucionalismo, como se advierte en algunos fragmentos de la obra de Sieyès posterior al terror jacobino. vid. “Límites de la soberanía”, en *Escritos y Discursos de la Revolución*, trad. R. Maiz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, págs. 247 – 250. Sobre la presencia de elementos afines al constitucionalismo en el pensamiento revolucionario francés, cfr. Luis Prieto Sanchís, “Presupuestos ideológicos y doctrinales de la justicia constitucional”, citado, págs. 53 y ss. También esta concepción de la democracia está presente en la crítica de Kelsen a la identificación tradicional del principio de mayorías con la idea de un dominio incondicionado de la mayoría sobre la minoría, en contra de la cual el profesor austriaco afirmará que “*la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría*”. Hans Kelsen, “El problema del parlamentarismo” (1925), en *Estudios sobre la democracia y el socialismo*, trad. M. Atienza, selección y presentación J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pág. 152.

el marco de la rehabilitación del derecho como límite a la política a la que se asiste tras la experiencia nazi-fascista y desde la cual el estado constitucional se postula como un “intento de juridificar la democracia”<sup>67</sup>. Esta concepción favorecerá, correlativamente, una relectura de los elementos característicos del estado de derecho: así, a) la *separación de poderes* pasa a ser entendida, a la manera clásica del constitucionalismo americano, como una técnica de frenos y contrapesos recíprocos entre los diferentes órganos estatales con el fin de evitar la existencia de poderes omnímodos; b) el *principio de legalidad* se reinterpreta en su sentido nomocrático originario como sujeción al derecho de todas las manifestaciones del poder estatal, incluida la ley, cuya validez se hace depender de la satisfacción de exigencias formales y sustanciales recogidas en la constitución, con lo que el “imperio de la ley” se sustituye por la idea de *supremacía constitucional*; c) los *derechos* cobran autonomía respecto de la ley y pasan a tener una fundamentación constitucional, convirtiéndose así en parámetro de control de las leyes; d) el *control judicial* se extenderá a los actos del legislador dando lugar al establecimiento de sistemas de justicia constitucional que se convierten en rasgo definitorio del estado constitucional, llegando a afirmarse que “así como el Estado legal de Derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, así el Estado constitucional de Derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional”<sup>68</sup>.

3.1.3 Vistas las diferencias entre estado legislativo y estado constitucional, queda por examinar la oposición que, desde una perspectiva material, se plantea entre *estado liberal* y *estado social* de derecho. Ambos modelos ofrecen una respuesta diversa a la pregunta por los contenidos que vinculan el ejercicio del poder, y el modo (positivo o negativo) que asume dicha vinculación, en función de la filosofía política que está en la base de cada uno de ellos. Al margen del amplio abanico de corrientes que componen el liberalismo, para los efectos de esta exposición vale decir que el modelo de estado liberal retoma las tesis del liberalismo político y económico, en particular, la exaltación de la autonomía individual, la primacía de la libertad sobre la igualdad y la consideración de una y otra en términos formales, la confianza en la sociedad como un sistema capaz de generar su propio equilibrio y la correlativa desconfianza - en línea de principio - respecto a cualquier intervención estatal dirigida a alterar la lógica del mercado o a limitar la autonomía individual. Como señala García Pelayo, conforme a este modelo de organización política, “el Estado, organización artificial, ni debía, ni a la larga podía, tratar de modificar el orden social natural, sino que su función habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo y, todo lo más, a intervenir transitoriamente para eliminar algún bloqueo a la operacionalización del orden autorregulado de la sociedad. De este modo, el Estado y la sociedad eran imaginados como dos sistemas distintos, cada uno de límites bien definidos, con regulaciones autónomas y con unas mínimas relaciones entre sí”<sup>69</sup>.

En este orden de ideas, el modelo liberal condicionará la legitimidad del poder político a la garantía de la libertad, la propiedad y, en general, aquellos derechos directamente ligados al despliegue de la autonomía individual<sup>70</sup>; derechos que serán entendidos en clave subjetiva y negativa como inmunidades del individuo frente al poder público cuya satisfacción demanda de éstos últimos correlativos deberes de abstención.

<sup>67</sup> Vid. Manuel Aragón Reyes, “Constitución y Derechos Fundamentales”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pág. 150.

<sup>68</sup> Manuel García Pelayo, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, citado, pág. 3037. En el mismo sentido Michel Troper, “Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del Diritto”, citado, pág. 62.

<sup>69</sup> Manuel García Pelayo, “El Estado Social y sus implicaciones”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (1977), 2ª. ed., 4ª. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1991, pág. 22.

<sup>70</sup> Esta es, por ejemplo, la conocida posición de John Locke: “la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados... es la de salvaguardar sus bienes”, más exactamente “sus vidas, libertades y tierras, a todo lo cual incluyo dentro del

3.1.4 El estado social, por su parte, busca hacer compatibles libertad e igualdad, enfatizando la dimensión sustancial presente en ambas, desde la cual la garantía de la libertad incluye también la de los presupuestos materiales para su ejercicio, lo que supone adoptar medidas públicas a favor de los grupos social y económicamente en desventaja inspiradas en criterios de igualdad sustancial<sup>71</sup>. A este modelo de justicia social se suma un particular diseño institucional que llega a implantarse efectivamente en los países industrializados, conocido como *Welfare State*, dirigido a favorecer la activa intervención del estado en la economía, la gestión directa de algunas actividades de especial importancia, entre ellas la prestación de servicios públicos, el diseño de una política de redistribución de la renta y fomento del empleo y, en general, la garantía de la “procura existencial” de los individuos<sup>72</sup>. Este planteamiento expresa, en contra de la visión liberal, una postura escéptica respecto a las bondades del funcionamiento incontrolado de las leyes del mercado, pero al mismo tiempo la confianza en el papel del estado como instrumento de transformación social, franqueando así la rígida separación entre estado y sociedad mantenida por el liberalismo. De este modo, el estado social vinculará la legitimidad del poder ya no sólo a la garantía de los derechos clásicos de libertad, a los que además se incorpora una dimensión prestacional, sino al aseguramiento de aquellas condiciones mínimas de bienestar necesarias para su ejercicio, expresadas jurídicamente bajo la forma de derechos sociales, cuya satisfacción demanda prestaciones positivas a cargo de los poderes públicos<sup>73</sup>.

## 3.2 LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La distinción propuesta en el apartado anterior tiene sólo un carácter propedéutico y por ello se instala en el terreno de las clasificaciones conceptuales y las tipologías ideales. Trasladados al ámbito de la experiencia histórica, las fronteras conceptuales se desvanecen dando lugar, por el contrario, a aproximaciones e intersecciones entre aquellas tipologías, explicables en tanto la decisión de vincular el ejercicio del poder a determinadas formas y contenidos responde a concepciones ideológicas y circunstancias de diverso orden que en ocasiones operan como fundamento común de varios de estos modelos; pero a la vez, la particular experiencia histórica de cada país dificulta todo intento de formular generalizaciones respecto al desarrollo real de estos diversos tipos de estado de derecho. Hecha esta salvedad, en este

---

*nombre genérico de bienes o propiedades*”, *Ensayo sobre el gobierno civil* (1690), trad. A. Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1969, págs. 93 – 94.

<sup>71</sup> Sobre la síntesis entre libertad e igualdad que pretende realizar el estado social, vid. Ernst Wolfgang Böckenförde, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución” (1975), trad. J. L. Requejo Pagés, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden – Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, págs. 72 – 83, aquí págs. 74 – 75; Ramón García Cotarelo, *Del Estado del bienestar al Estado del Malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pág. 71 - 76.

<sup>72</sup> El concepto de “procura existencial” (*Daseinsvorsorge*) es desarrollado por Ernst Forsthoff en varias de sus obras, entre ellas *El Estado de la sociedad industrial : (el modelo de la República Federal de Alemania)*, trad. L. López Guerra y J. N. Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, págs. 120 - 123; “Problemas constitucionales del Estado Social”, en Wolfgang Abendroth / Ernst Forsthoff / Karl Doehring, *El Estado Social*, trad. J. Puente Egido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, págs. 47 y ss.

<sup>73</sup> No procede aquí una caracterización en profundidad del Estado social, para lo cual puede verse, entre otros, a Manuel García Pelayo, “El Estado Social y sus implicaciones”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, citado, págs. 13 – 91; Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), 8ª. ed., 7ª. reimp., Madrid, Tauros, 1991, capítulo III, págs. 83 - 109; los trabajos de Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff y Karl Doehring publicados en español en el volumen *El Estado Social*, citado; Encarnación Carmona Cuenca, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000; Ramón García Cotarelo, “Origen y desarrollo del Estado de Bienestar”, *Sistema*, 80 – 81, 1987, págs. 5 – 21; Francisco José Contreras Peláez, *Defensa del Estado Social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

epígrafe trataré de precisar las circunstancias que favorecen la consolidación del estado constitucional como modelo dominante en el panorama político occidental tras la segunda mitad del siglo XX, su convergencia histórica con el estado social de derecho, y las razones por las cuales dicha convergencia no supone la conjunción o la fusión de ambos modelos.

Así, puede afirmarse en línea de principio que las circunstancias de la Europa del siglo XIX abonaron el terreno para el desarrollo conjunto del estado legislativo y liberal de derecho, en respuesta a las demandas de seguridad, libertad e igualdad formal que reclamaba la realidad política post-revolucionaria; de ahí que el estado de derecho decimonónico se caracterice como la fusión entre legalismo y liberalismo<sup>74</sup>, mientras que durante el mismo período en los Estados Unidos coexistían estado constitucional y estado liberal. Ya en los primeros decenios del siglo XX se asiste al repliegue del modelo económico liberal y a la correlativa expansión del estado social, al tiempo que se mantienen las formas propias del estado legislativo de derecho<sup>75</sup>. En tal contexto se inscriben experiencias como la República de Weimar o la Española de 1931, donde se advierten los primeros intentos de adaptar el estado social a las formas propias del constitucionalismo por la vía de la incorporación de derechos sociales en los textos fundamentales y el diseño de sistemas de justicia constitucional; tentativas que en la práctica no logran superar los confines del legalismo, pues en ellas la efectividad de los contenidos constitucionales quedaba a merced de la *interpositio legislatoris* y los intentos por articular un sistema de control de constitucionalidad no logran superar la concepción entonces imperante de la ley como máximo horizonte de juridicidad y el escaso valor normativo otorgado a las constituciones<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Como se advierte, entre otros, en Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, págs. 21 – 33; Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, citado, págs. 97 – 125. Sin embargo, y así lo advierten estos autores, en tal descripción no encajaban realidades políticas como la alemana, donde el predominio de una concepción “formal” del estado de derecho, el dualismo entre ley en sentido formal y en sentido material y la teoría de los derechos públicos subjetivos, posibilitarán una peculiar adaptación del estado de derecho a una realidad política fuertemente influida por elementos monárquicos y autoritarios, prescindiendo así de las connotaciones demoliberales vinculadas a los modelos legislativo y liberal del estado de derecho. Sobre este tema vid., entre otros, José Antonio Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989, págs. 11 – 21; Ernst Wolfgang Böckenförde, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho” (1991), en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. y pról. R. Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, págs. 26 – 31; Christian Starck, *El concepto de ley en la constitución alemana* (1970), trad. y pról. L. Legaz y Lacambra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, cap. 1 y 3, págs. 39 – 76, 117 – 158; Dietrich Jesch, *Ley y Administración...*, citado, págs. 13 – 31, 96 – 116.

<sup>75</sup> Señala Elías Díaz que “el Estado social de Derecho está, como un paso más, aunque de cierto alcance, en la línea del Estado liberal de Derecho. A pesar de sus variantes, continúa reuniendo las características y exigencias [...] propias de todo Estado de Derecho: imperio de la ley [...], separación de poderes, legalidad de la Administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales”, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, citado, pág. 85.

<sup>76</sup> Al respecto Böckenförde afirma que bajo la República de Weimar “una vinculación del legislador mismo a los derechos fundamentales era rechazada mayoritariamente; para él sólo valían como líneas orientativas, ‘proposiciones programáticas’, en parte a causa de su indeterminación material [...] más aún, sin embargo, a causa de la idea de la soberanía del legislador estatal recibida del positivismo jurídico público. De acuerdo con esta idea, ‘las exigencias de los individuos frente al Estado como legislador, sea en orden a la realización, séalo a la omisión de un acto legislativo’, pertenecían ‘...al género de los imposibles’”. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, trad. J. L. Requejo Pagés, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, citado, págs. 95 – 138, aquí pág. 97. En el mismo sentido indica Wolfgang Abendroth que “la jurisprudencia de la República de Weimar transformó muy pronto en meras fórmulas vacías las exigencias de contenido social estereotipadas en la Constitución al afirmar que se trataba de fórmulas programáticas, que carecían de significación concreta y que no tenían carácter vinculante alguno para el legislador del Reich”, Vid. “El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político”, en *El Estado social*, citado, pág. 19. Sobre la evolución política de la república de Weimar vid. José A. Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho Liberal...*, citado, págs. 21 – 71. Respecto a la situación en España bajo la Constitución de 1931 véase, entre otros, Bartolomé Clavero, *Manual de Historia Constitucional de*

El afianzamiento del estado constitucional sólo tendrá lugar en la Europa de la segunda posguerra como resultado de un complejo conjunto de transformaciones y circunstancias de diversa índole que vendrán a erosionar los cimientos del orden liberal burgués sobre el que se edificó el estado legislativo. Entre ellas cabe destacar:

- (i) Los cambios acaecidos en la representación parlamentaria como consecuencia de la irrupción del movimiento obrero, los partidos de masas y la supresión del sufragio censitario, los cuales contribuyen a quebrar la hegemonía política de la burguesía y, por consiguiente, a dificultar la formación de consensos legislativos, convirtiendo los canales institucionales de formación de la voluntad política estatal en escenario donde se agitan las contradicciones sociales<sup>77</sup>.
- (ii) La paulatina irrupción del pluralismo social que se manifiesta desde las primeras décadas del siglo XX con la creciente proliferación de asociaciones, partidos políticos, instituciones y diversos entes colectivos que mediatizan la gestión de los intereses individuales y se convierten en interlocutores privilegiados ante las instancias públicas de decisión; fenómeno que en los últimos tiempos viene a enlazar con el auge del discurso del multiculturalismo y la reivindicación de los derechos de las minorías<sup>78</sup>. Tal circunstancia transformará decisivamente la imagen uniforme de una sociedad conformada por ciudadanos formalmente iguales en abstracto y la idea unitaria de la representación característica del modelo liberal<sup>79</sup>, contribuirán a socavar el concepto de nación como referente de identidad colectiva, la soberanía misma del estado nación y la identidad axiológica del ordenamiento jurídico.
- (iii) Todo lo anterior contribuirá al derrumbe del modelo de racionalidad expresado en la ley codificada; colapso que encontrará además confirmación en una experiencia jurídica marcada por la inflación legislativa, por el menoscabo de los caracteres formales que otrora situaban a la ley como garantía de

---

*España*, Madrid, Alianza, 1994, págs. 171 – 232; Emilio Attard, *El constitucionalismo español: 1808 – 1978*, Valencia, s. Ed., 1988, págs. 121 – 128; Carmen Llorca, *Parlamentarismo y constitución en España*, Madrid, Ediciones Istmo, 1988, págs. 99 – 106; Ramón Palmer Valero, *Los problemas socioeconómicos en la Constitución de 1931*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 55 – 67; Andoni Pérez Ayala, “Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico comparativa”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, M. A. García Herrera (dir.), Bilbao, Universidad de País Vasco, 1997, págs. 333 – 371, aquí págs. 360 – 371. Una detallada evaluación de los sistemas de justicia constitucional diseñados en los textos de Weimar y España de 1931 se encuentra en Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo...*, citado, págs. 47 – 227 y 301 – 340, respectivamente.

<sup>77</sup> Vid. Konrad Hesse, “Concepto y cualidad de la Constitución” (1966), en *Escritos de Derecho Constitucional*, citado, págs. 3 – 29, aquí págs. 10 – 11.

<sup>78</sup> Sobre la irrupción de la “sociedad organizacional” y su influencia en la crisis de la concepción liberal de la sociedad, vid. Manuel García Pelayo, “Sociedad organizacional y sistema político” y “Las organizaciones de intereses y la teoría constitucional”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, citado, págs. 105 – 148; Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, citado, págs. 199 – 210. Al auge del “corporativismo social o espontáneo” y al surgimiento de las teorías pluralistas de la sociedad se refieren José A. Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho Liberal*, citado, págs. 45 – 50; Pedro de Vega, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell, comp., México, UNAM – Porrúa, 2000, págs. 3 – 44, aquí pág. 24. Sobre la relación entre pluralismo y *Welfare State*, vid. Ramón García Cotarell, *Del Estado del Bienestar...*, citado, págs. 33 y s. Por su parte, la vinculación entre pluralismo y estado constitucional está presente en toda la argumentación que desarrolla Gustavo Zagrebelsky en *El derecho dúctil...*, citado. De otro lado, en un trabajo reciente Giovanni Sartori pone de manifiesto la oposición entre pluralismo y multiculturalismo, vid. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. M. A. Ruiz de Azúa, Madrid, Taurus, 2001, págs. 27 – 29, 61 – 69.

<sup>79</sup> La idea de una sociedad conformada por individuos aislados, considerados en abstracto y, por tanto, formalmente iguales entre sí, alimentaba a su vez una imagen unitaria de la representación política: los elegidos no asumían la representación de los particulares intereses de sus electores sino de la “nación” en su conjunto, sin que hubiese espacio para la representación de grupos sociales intermedios. Individuo y nación aparecían entonces como las únicas realidades políticamente relevantes para el Estado liberal. Vid. Manuel García Pelayo, “Las organizaciones de intereses y la teoría constitucional”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, citado, pág. 124.

certeza, libertad e igualdad, por la pérdida de su eficacia instrumental y de su centralidad en el sistema de fuentes<sup>80</sup>. Tal panorama impulsará la búsqueda de un nuevo referente de unidad política y jurídica que venga a suplir el vacío dejado por la crisis de la ley.

- (iv) Finalmente, la lección dejada por la experiencia del nacionalsocialismo será determinante para que a partir de la segunda posguerra se asista a una rehabilitación del derecho en el afán de consumir la ruptura con el pasado reciente y suplir el déficit de legitimidad que a partir de entonces se instala y cronifica en los ordenamientos jurídicos<sup>81</sup>. Esta recuperación de la razón jurídica se caracterizará por un marcado acento *antipositivista*<sup>82</sup>, predominando en algunos autores una vuelta al iusnaturalismo o, cuando menos, el rechazo a la tradición formalista forjada por el positivismo para en su lugar conceder mayor importancia a la vinculación del derecho a contenidos axiológicos como fundamento de su validez; también tendrá una fuerte impronta *antilegalista*, pues se trata ahora de hallar un derecho “más alto”, capaz de vincular a todas las manifestaciones del derecho positivo, incluida la ley. Y con tal fin todos vuelven la mirada hacia la constitución.

Todas estas condiciones consuman el declive del estado legislativo y abonan el terreno para la consolidación del estado constitucional; tránsito que sintetiza Zagrebelsky en estos términos:

*“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esa instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de unidad es el que debe asegurar la consecución de ese objetivo de unidad”<sup>83</sup>.*

---

<sup>80</sup> Sobre el fenómeno de la crisis de la ley y del paradigma de la codificación véase, entre otros, Manuel García Pelayo, “Constitución y Derecho Constitucional. (Evolución y crisis de ambos conceptos)” (1948), en *Escritos Políticos y Sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 52 – 58; Natalino Irti, “La edad de la descodificación”, en *La edad de la descodificación* (1979), trad. e introd. L. Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992, págs. 17 – 41; Antonio Enrique Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, págs. 75 y ss; “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, citado, págs. 287 y ss; Luis Prieto Sanchís, “Del mito a la decadencia de la ley...”, citado, págs. 17 y ss; Carlos de Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2001, págs. 73 - 95.

<sup>81</sup> Vid. Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pág. 76.

<sup>82</sup> Se descalifica el positivismo por la vía de imputar a su formalismo y a su pretendida neutralidad axiológica una cuota de responsabilidad por las injusticias cometidas durante el nacional – socialismo, al dejar a los jueces teóricamente inermes para oponerse a aplicar el derecho positivo del III Reich. En tal sentido vid. Gustav Radbruch, “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en Gustav Radbruch/ Eberhard Schmidt / Hanz Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, introd., trad. y selecc. J. M. Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971, págs. 1 – 22, aquí pág. 12; Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo en la época de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987, en especial el capítulo VII, págs. 193 y ss. En sentido crítico, véase la Introducción de Ernesto Garzón Valdés a su compilación titulada *Derecho y Filosofía* (1985), 2ª. ed., Barcelona, Alfa, 1988, págs. 5 – 41; Norbert Hoerster, “En defensa del positivismo jurídico”, *En defensa del positivismo jurídico*, citado, págs. 9 - 27.

<sup>83</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil...*, citado, pág. 40.



Este nuevo modelo de organización política será plasmado en la oleada constituyente que, a partir de la Constitución Italiana (1947) y la Ley Fundamental de Bonn (1949) continuará en el resto de Europa continental, representando en la mayoría de los casos el hito fundador de una nueva y distinta legitimidad política tras la ruptura con regímenes de corte autoritario, como ocurrirá en Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978). Impulso que se extenderá a algunos de los países que alcanzan su independencia tras el proceso descolonizador, y a partir de la década de los ochenta a muchos países latinoamericanos en el intento de reconstruir su orden político tras experiencias de dictaduras militares, guerras civiles o como respuesta a recurrentes crisis de legitimidad; también, y más recientemente, al intento de construcción de regímenes constitucionales en los antiguos estados socialistas<sup>84</sup>. Dicha expansión, incluso en aquellos países en donde se advierte una utilización meramente “*nominal*” de los textos constitucionales<sup>85</sup>, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo.

Simultáneamente, tales intentos de someter el ejercicio del poder a vínculos jurídicos se harán extensivos al plano internacional con la suscripción en 1945 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la adopción en 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y posteriores instrumentos internacionales de protección de derechos, así como la creación de tribunales internacionales para procurar su efectividad, todo ello en el intento de llevar el paradigma constitucional al ámbito de las relaciones entre estados y de avanzar en el desarrollo de un “*constitucionalismo sin estado*”<sup>86</sup>, evidenciando así el replanteamiento de la concepción tradicional de la soberanía de los estados - nación, tal como hasta entonces venía siendo entendida<sup>87</sup>.

Retomando la clasificación entre los aspectos formales y sustanciales del estado de derecho propuesta en el apartado anterior, cabe señalar que tras el final de la Segunda Guerra tiene lugar la convergencia entre las formas propias del estado constitucional y los contenidos del estado social. Si bien este último contaba ya con una larga andadura, pues sus primeros desarrollos se remontan a la legislación social de finales del siglo XIX y la primera mitad del XX, lo cierto es que recibe un impulso definitivo a raíz del compromiso implícito entre las distintas fuerzas políticas que tiene lugar al final de la Guerra para precaver los peligros provenientes de la revolución o de la vuelta al fascismo, conocido como “*pacto keynesiano*” o “*consenso socialdemócrata*”<sup>88</sup>. En tal sentido, la inclusión de la fórmula del estado social en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 dará testimonio del consenso existente en torno a este modelo y su importancia para la refundación política de

<sup>84</sup> Sobre esto último vid. Carlos Flores Juberías, *Las nuevas instituciones políticas de la Europa Oriental*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales – Edicions Alfons El Magnànim, 1997.

<sup>85</sup> Atendiendo a la conocida clasificación de Karl Loewenstein entre constituciones normativas, nominales y semánticas, *Teoría de la Constitución*, citado, págs. 216 – 222.

<sup>86</sup> Vid. Luigi Ferrajoli, “Estado de Derecho. Entre pasado y futuro”, citado, pág. 76.

<sup>87</sup> Sobre el tema ver, además de la bibliografía citada en la nota 64, los trabajos publicados en el volumen *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, A. de Cabo y G. Pisarello, eds., Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000.

<sup>88</sup> Al componente pactista que subyace a la consolidación del estado social en Europa, se refieren, entre otros, Ramón García Cotarelo, “Origen y desarrollo del Estado de Bienestar”, citado, pág. 19; Virgilio Zapatero García, “Tres visiones sobre el Estado de Bienestar”, *Sistema*, 80 – 81, 1987, pág. 23; Ángel Manuel Abellán, “La problemática del Estado de Bienestar como fenómeno internacional”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, citado, págs. 179 – 210, aquí pág. 192; Encarnación Carmona Cuenca, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, citado, pág. 80; Gerardo Pisarello, “El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, más democracia”, trabajo inédito, págs. 3 - 4.

Alemania, e igual tendencia se aprecia en la incorporación, más o menos generosa, de contenidos sociales en las constituciones promulgadas en la segunda mitad del siglo XX.

Sin embargo, esta convergencia histórica entre estado constitucional y estado social que permitirá restablecer la legitimidad de los estados europeos tras el final de la Guerra no supone una fusión entre ambos modelos, básicamente por las siguientes razones:

En primer lugar, porque hay estados que adoptan formas constitucionales sin que al mismo tiempo incorporen contenidos sociales en sus constituciones. Es el caso de los Estados Unidos, que desde el comienzo de su vida independiente acoge las formas del estado constitucional, al tiempo que los contenidos de su texto constitucional han permanecido fieles a una filosofía típicamente liberal. Como es sabido, allí el desarrollo del estado social a partir del *New Deal* tuvo lugar básicamente por vía legislativa y administrativa, como también a través de la jurisprudencia del Tribunal Warren<sup>89</sup>, para ser posteriormente desmontado a partir de la era Reagan, sin que su esplendor y posterior declive hayan motivado una reforma del texto constitucional.

En segundo lugar, porque incluso en los sistemas políticos que se refundan tras la segunda mitad del siglo XX, donde constitucionalismo y estado social se integran como contenidos del “pacto social” plasmado en los textos constitucionales, se aprecia un déficit de constitucionalización del estado social, respecto a los contenidos clásicos del modelo liberal. Así lo destaca Luigi Ferrajoli al señalar que “*el paradigma constitucional nació, en efecto, únicamente con referencia a los derechos de libertad. Y no se ha desarrollado, junto a un constitucionalismo liberal, un constitucionalismo económico, político y social*”<sup>90</sup>. Esta infraconstitucionalización se manifiesta en las tesis que afirman la naturaleza “programática” de los contenidos sociales de la constitución y de este modo les privan de eficacia directa, garantía judicial y del carácter de “derechos subjetivos”, atenuando considerablemente su valor normativo que queda circunscrito solo a su dimensión “objetiva”, esto es, como cobertura de acciones estatales que estarían vedadas desde la perspectiva del estado liberal, o bien para legitimar criterios de interpretación acordes con el modelo social, pero, en cualquier caso, no aptos para fundamentar obligaciones exigibles al legislador por vía judicial, cuando son precisamente estas últimas características las que conforman el núcleo duro del estado constitucional. Tal déficit de constitucionalización ha contribuido a que las políticas sociales permanezcan en el ámbito de la discrecionalidad legislativa y administrativa, marginadas de las formas del estado constitucional y por ello más próximas, en el mejor de los casos, a la lógica propia del estado legislativo<sup>91</sup>, cuando no incluso por debajo de éste último, debido a su excesiva simplicidad y manifiesta inidoneidad para

---

<sup>89</sup> Vid. el amplio elenco de la jurisprudencia social del Tribunal Warren al que se refiere Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, pág. 146 (nota 57).

<sup>90</sup> Luigi Ferrajoli, “El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad”, en *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, P. Andrés Ibáñez, ed., Madrid, Trotta, 1996, págs. 15 – 29, aquí pág. 25; vid. del mismo autor “Estado social y estado de derecho”, en *El garantismo y la filosofía del derecho*, citado, págs. 65 – 91 (la versión original de este trabajo, titulada *Statto sociale e stato de diritto*” fue publicada en *Politica del diritto*, 1, 1982); Gerardo Pisarello, “El Estado Social como Estado Constitucional...”, citado, pág. 4.

<sup>91</sup> En palabras de Gerardo Pisarello, “La construcción del estado social tradicional [...] profundiza, en lo que a los derechos sociales se refiere, el positivismo legalista afincado en la idea de un poder legislativo (y cada vez más, ejecutivo) políticamente omnipotente, con facultades prácticamente incontroladas de gobernar, en su calidad de señor absoluto del derecho, las condiciones de oportunidad para el desarrollo del contenido de las normas constitucionales de carácter social”, “El Estado Social como Estado Constitucional...”, citado, pág. 5.

aprehender bajo sus formas jurídicas las complejas y múltiples funciones del *Welfare State*<sup>92</sup>. Justamente a consecuencia del referido divorcio entre forma constitucional y contenidos sociales, en la actualidad algunos proponen la conversión del “*simple estado social legislativo y, sobre todo, administrativo, en verdadero estado social constitucional*”<sup>93</sup>.

Finalmente, la asimilación de ambos modelos no resulta posible si se tiene en cuenta que tras la crisis del modelo de justicia encarnado en el estado social se ha abierto un período de indefinición o, si se quiere, sincretismo ideológico, en donde ninguna opción política parece contar con la hegemonía que en su momento permitió la consolidación de los modelos liberal y social como respuestas dadas desde una determinada filosofía política a la pregunta por los contenidos que vinculan el ejercicio del poder<sup>94</sup>. A ello se refiere Habermas cuando señala que el actual paradigma del derecho “*ya no prejuzga – como lo hacía el liberal o el ligado al Estado social – un determinado ideal de sociedad, una determinada visión de la vida buena, y ni siquiera una determinada opción política*”<sup>95</sup>. Esta etapa coincide con el actual constitucionalismo *mitte* el cual, según la conocida caracterización de Zagrebelsky, se revela incompatible con la adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado y por el contrario concibe las formas jurídicas como instrumentos maleables, susceptibles de adaptarse al pluralismo característico de las sociedades contemporáneas, donde la lucha por la fijación de sentido de los contenidos constitucionales se convierte en un elemento central de la actividad política y del quehacer de la dogmática constitucional<sup>96</sup>.

El interés por establecer una distinción teórica entre el estado social y el estado constitucional se alimenta de la necesidad de revisar algunas posiciones doctrinales que critican la potencial relativización de los derechos y libertades del individuo que tiene lugar por la vía de la principalización del ordenamiento, el método de la ponderación y, en general, aquellos rasgos que caracterizan la “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos, forma velada de la “tiranía de los valores” en su momento señalada por Schmitt<sup>97</sup>. En opinión de estos autores, tal fenómeno resulta de la incorporación en las constituciones del modelo de justicia propio del estado social y, *contrario sensu*, desaparecería si en su lugar se privilegiaran componentes de legitimidad de corte liberal o democrático.

Un ejemplo de tal confusión se encuentra, en la literatura colombiana, en el trabajo de los profesores Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez Albarello donde, a partir de una ecuación de identidad entre estado social

<sup>92</sup> Vid. Luigi Ferrajoli, “Estado social y estado de derecho”, citado, pág. 85.

<sup>93</sup> Gerardo Pisarello, “El Estado Social como Estado Constitucional”, citado, pág. 1.

<sup>94</sup> De ahí que una vez consolidada la crisis del estado social, desde hace ya varios años la teoría del estado haya comenzado a ocuparse del “estado postsocial”, vid. Antonio J. Porras Nadales, *Introducción a una teoría del Estado Postsocial*, Barcelona, PPU, 1988, pág. 127 – 250.

<sup>95</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, citado, pág. 531. Valga aclarar que el filósofo alemán se refiere al “paradigma procedimental del derecho”, que toma como base un modelo de estado democrático de derecho que en lo sustancial coincide con el estado constitucional que aquí se describe.

<sup>96</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, págs. 9 – 20.

<sup>97</sup> Vid. Carl Schmitt “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos*, 115, 1961, trad. A. Schmitt de Otero, págs. 65 - 79. Crítica a la constitucionalización de contenidos sociales que desarrollará luego su discípulo Ernst Forsthoft en obras como *El Estado de la Sociedad Industrial*, citado, págs. 211 y ss; “Problemas constitucionales del Estado Social”, en *El Estado Social*, citado.

de derecho y “nuevo constitucionalismo”, se imputan al primero las consecuencias derivadas de la política criminal de corte autoritario que algunos desarrollos teóricos y jurisprudenciales han construido con fundamento en el segundo, sin que aparezca del todo clara la relación de implicación entre ambos<sup>98</sup>. Para ello afirman que el “nuevo constitucionalismo” es la teoría “que mejor hace posible el modelo de justicia política del Estado social” porque,

*“a diferencia del modelo del derecho propio del Estado liberal, en el cual los derechos son asumidos como poderes de resistencia de los individuos frente a la autoridad estatal, en el Estado social los principios y derechos constitucionales son entendidos como los recipientes jurídicos de valores que reclaman efectividad, como mandatos que deben ser cumplidos en consideración a las posibilidades fácticas de su realización y de armonización con otros mandatos jurídicos de igual jerarquía.”<sup>99</sup>*

Más adelante añaden:

*“A la realización del modelo de justicia política del Estado social sirve, pues, un constitucionalismo que abandona el método jurídico clásico de subsunción y concibe el sistema jurídico como una estructura compleja de procedimientos, reglas y principios, sustituyendo así la tradicional concepción del sistema jurídico como sistema de reglas.”<sup>100</sup>*

Para concluir afirmando que:

*“El modelo ponderativo de aplicación del derecho es la metodología jurídica propia del nuevo constitucionalismo, en tanto teoría enderezada a asegurar el reconocimiento y la coexistencia de valores y principios distintos que reclaman ser respetados....Pero bajo esta premisa hermenéutica, la fuerza de resistencia de los derechos frente a la injerencia estatal corre el riesgo de ser neutralizada severamente, en tanto emerge el peligro de que argumentos funcionalistas, que toman cuerpo en principios y bienes colectivos como la capacidad funcional del sistema judicial, la seguridad y el orden público, terminen por imponerse en los casos de colisión de normas.”<sup>101</sup>*

Paradójicamente, el carácter contingente de tal vinculación queda en evidencia cuando se encuentran interpretaciones igualmente críticas ante la relativización de los derechos y su consideración como “material ponderable”, pero que, por el contrario, atribuyen dicha tendencia a la pérdida de primacía del estado social en los actuales estados constitucionales. En tal sentido, Miguel Ángel García Herrera señala que:

*“la devaluación del contenido normativo de la Constitución y su reducción a un conjunto de principios susceptibles de interpretación variable y a los que la aplicación de la razonabilidad para solventar sus tensiones les hace permeables a los requerimientos que emergen del nuevo orden que se está construyendo sobre la superación del Estado Social, la fragmentación del mundo del trabajo y la imposición de la lógica del mercado”<sup>102</sup>.*

---

<sup>98</sup> Vid. Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santafé de Bogotá, Temis – IEPRI – Universidad Nacional, 1999, en especial los capítulos III y V, págs. 67 – 99, 113 – 157.

<sup>99</sup> *Ibid.*, págs. 113 – 114.

<sup>100</sup> *Ibid.*, pág. 119.

<sup>101</sup> *Ibid.*, pág. 121

<sup>102</sup> Miguel Ángel García Herrera, “Rigidez constitucional y Estado social”, en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pág. 85; en el mismo sentido, Mario Dogliani, “Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, citado, págs. 687 – 700, aquí págs. 696 y ss.

Como veremos en el apartado siguiente, la incorporación de contenidos sociales sin duda ha contribuido a acentuar algunas señas de identidad de los ordenamientos jurídicos propios del neoconstitucionalismo, en especial la rematerialización de los textos constitucionales, por la inclusión de derechos sociales; su vocación dirigente, por la separación de la rígida frontera entre estado y sociedad, la atribución al primero de tareas de intervención económica y asistencial y, en general, la acentuación de la racionalidad teleológica<sup>103</sup>; la textura principal, debido a la indeterminación no solo de los contenidos constitucionales que señalan los objetivos sociales de la acción estatal, sino también por la adopción de leyes “marco”; el judicialismo, por el mayor protagonismo que adquieren los intérpretes en un ordenamiento basado en principios, entre otros. No obstante, subsisten razones para considerar que la presencia de todos estos rasgos no se explican sólo a partir de la adopción de la fórmula del estado social, sino que, por el contrario, son características que acompañan a los sistemas jurídicos constitucionalizados, emancipadas del impulso que en sus comienzos recibieron del estado social y manteniéndose más allá de su crisis, debido a que no existe una vinculación lógica o necesaria con este último. Sólo si se tiene en cuenta tal distinción, la crítica de aquellos sistemas jurídicos no surtirá como efecto la descalificación del modelo de estado social.

## 4. LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL ORDEN JURÍDICO

En aquellos estados que se inscriben en el paradigma de organización política propio del neoconstitucionalismo tiene lugar la que Guastini ha denominado la “constitucionalización” del ordenamiento jurídico, definida como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ de la norma constitucional”<sup>104</sup>. Se trata de un fenómeno gradual en tanto un sistema jurídico puede estar más o menos constitucionalizado en la medida en que presente, con mayor o menor intensidad, ciertos rasgos o condiciones de constitucionalización<sup>105</sup>. De ellas me ocuparé en adelante, acogiendo con alguna libertad el inventario propuesto por Guastini, para destacar aquellas que influyen de manera más directa en los cambios que experimentará el modelo de adjudicación y la importancia adquirida por el método de la ponderación.

### 4.1 FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

En la actualidad es opinión pacífica afirmar que “para que un Estado merezca el calificativo de constitucional es preciso que cuente con una auténtica Constitución normativa”<sup>106</sup>, esto es, capaz de disciplinar de modo efectivo las relaciones de poder. Y era este el llamamiento que ya en 1959 lanzaba Konrad Hesse cuando proponía rescatar la “fuerza normativa de la constitución” (*Die normative Kraft der*

<sup>103</sup> Como señala Luis Prieto, “El Estado social [...] viene a acentuar un tipo de racionalidad, no desconocida antes, pero que cobra ahora particular importancia: la racionalidad teleológica, donde el sistema jurídico es contemplado como un instrumento para alcanzar ciertos fines sociales”, vid. “Del mito a la decadencia de la ley...”, citado, pág. 28.

<sup>104</sup> Vid. Riccardo Guastini, “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano”, citado, pág. 185.

<sup>105</sup> Adaptando la distinción entre constitucionalismo “fuerte” y “débil” a la gradación de las condiciones de constitucionalización, resulta que la mayor presencia de éstas en un ordenamiento jurídico dado supone su adscripción a un modelo de constitucionalismo fuerte y, por el contrario, en la medida en que aquellas decrezcan se aproximará a las formas del constitucionalismo débil. Sobre esta distinción vid. Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, citado, pág. 213.

<sup>106</sup> Luis Prieto Sanchís, “Del mito a la decadencia de la ley...”, citado, pág. 32.

*Verfassung*)<sup>107</sup> con el fin de superar lo que entonces se percibía como una crisis de la misma y que estaba referida, por una parte, a la crisis del estado de derecho y, en general, del modelo demoliberal de convivencia política, dramáticamente ejemplificado en Alemania con el fracaso de la constitución de Weimar y el ascenso del nacionalsocialismo; por otro lado, a la crisis del derecho como instrumento eficaz de ordenación de la vida política, puesto en tela de juicio por importantes sectores de la ciencia jurídica alemana apelando a la “*fuerza normativa de lo fáctico*”<sup>108</sup> y a la escisión entre constitución y realidad constitucional; finalmente, y como corolario de lo anterior, se aludía también a la crisis de la idea de constitución normativa, expresada en la formulación de diversos conceptos de constitución que, ya fuera desde una perspectiva formalista, decisionista, realista o material, en todo caso contribuyeron a disolver su vocación normativa.

En efecto, al concepto formal de constitución, fraguado a partir de la teoría jurídica del estado de impronta germana, se le imputaba la devaluación de la capacidad normativa de la constitución, por una parte porque, conforme a la doctrina que lo sustenta, la idea de límite sólo es concebible como autolimitación del propio estado, con lo cual no hay lugar para la ficción regulativa de un poder constituyente que imponga frenos externos al poder estatal y, por otra, porque al desvincular la idea de constitución de toda exigencia respecto a su contenido, aquella pasará a ser entendida en un sentido puramente organizativo como una ley formalmente superior que define el orden fundamental de competencias del Estado y la posición del individuo en relación con éste. La consecuencia, explica Manuel Aragón, “no será sólo el entendimiento de la Constitución como mera (y cualquiera) ordenación fundamental del Estado, sino, sobre todo, la negación de la fuerza normativa de la propia Constitución”.<sup>109</sup>

En oposición a este entendimiento meramente formal de la constitución se desarrollaron concepciones que enfatizaban su componente decisionista como se advierte en la conocida definición de Carl Schmitt, quien veía en la constitución un acto de decisión sobre la forma y modo de la unidad política<sup>110</sup>. Otros la reducían a una dimensión puramente fáctica, “la suma de los factores reales de poder” al decir de Ferdinand Lassalle<sup>111</sup>. Finalmente algunos, en una ambigua síntesis de todas las anteriores, postularon un concepto material de constitución, como Constantino Mortati, quien pretendía captar un contenido típico-ideal de constitución, invariable e independiente de las particularidades histórico concretas de cada estado, lo que le lleva a identificar tal elemento distintivo material de la constitución en su función de establecer los fines de la organización política, fines que a su vez coinciden con los del grupo social dominante<sup>112</sup>. Al margen de su diversa orientación ideológica, todas estas visiones tenían en común el situar a la constitución en el terreno del “ser”, desechando su consideración como una instancia de “deber ser” desde la cual enjuiciar el ejercicio del poder.

<sup>107</sup> Vid. “La fuerza normativa de la Constitución” (1959), en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad., introd. y selecc. P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, págs. 55 – 78.

<sup>108</sup> En la que insistía Jellinek, quien en 1906 escribía: “*El desarrollo de las Constituciones muestra, a pesar de que todavía no se aprecie suficientemente, el enorme significado de esta enseñanza: que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica*”. Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), est. preliminar P. Lucas Verdú, trad. C. Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 84.

<sup>109</sup> Manuel Aragón Reyes, “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”, en *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, págs. 15 – 65, aquí pág. 35.

<sup>110</sup> Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1927), trad. F. Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1992, pág. 46.

<sup>111</sup> Vid. Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una constitución?* (1862), trad. W. Roces, introd. E. Aja, Barcelona, Ariel, 2001, pág. 99.

<sup>112</sup> Vid. Constantino Mortati, *La Constitución en sentido material* (1940), est. preliminar y trad. A. Bergareche Gros, epílogo G. Zagrebelsky, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Así pues, el rescate de la vocación normativa de la constitución, emprendido por un sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia constitucional alemana tras la expedición de la Ley Fundamental de Bonn y extendido posteriormente a aquellos estados donde se implanta el modelo político del neoconstitucionalismo<sup>113</sup>, involucrará básicamente dos cuestiones: en primer lugar, una reafirmación de la capacidad del derecho y, particularmente, de la constitución para ordenar y conformar la vida política y, en segundo lugar, la reformulación de un concepto normativo de constitución.

Lo primero llevará a autores como Hesse a proponer una revisión de la tesis de la rígida separación entre norma y realidad, defendida tanto desde la teoría iuspublicista alemana de impronta positivista por autores como Laband y Jellinek, como por el positivismo sociológico de Schmitt, por considerar que tal separación en el ámbito del derecho constitucional “no sólo no nos lleva a ningún sitio (sino) que puede, como ha sido observado repetidamente, convertirse en la confirmación, confesada o no, de la tesis de la exclusividad de la fuerza determinante de las relaciones fácticas”<sup>114</sup>. Se trata, por tanto, de buscar una vía intermedia entre el sacrificio de lo normativo en el altar de la facticidad o la consideración de una normatividad de espaldas a la realidad. Con tal fin se pondrá de relieve la “pretensión de vigencia” incorporada a la constitución y, en general, a toda norma jurídica, en virtud de la cual el derecho intenta ordenar y conformar la realidad política y social<sup>115</sup>. Esta cualidad es la que permite a Hesse tender un puente entre la norma constitucional y la realidad constitucional, en la medida en que aquella, para satisfacer la pretensión de vigencia que incorpora, debe atender a las condiciones fácticas de su realización, sin que ello suponga que la norma se convierta en un simple reflejo de la realidad, sino que entre ambas se establece una “coordinación correlativa”, por la cual ser y deber ser se condicionan recíprocamente<sup>116</sup>. En consecuencia, concluye Hesse,

*“la constitución jurídica no es de ninguna manera el trozo de papel como la calificó Lasalle en cierto momento; la constitución no es radicalmente ‘incapaz de controlar efectivamente el reparto del poder político’ como nos enseñó Georg Jellinek y como aún nos quisiera hacer creer un naturalismo y un sociologismo sedicentemente escéptico. La constitución no es independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo. Pero tampoco es pura y simplemente dependiente de ellas. Y en caso de conflicto entre la realidad histórica y el contenido de sus normas no tiene que ser necesariamente la más débil. Existen, por el contrario, presupuestos realizables bajo los cuales la constitución jurídica puede mantener su fuerza normativa en caso de conflicto. Sólo cuando estos presupuestos no se atienden devienen las cuestiones constitucionales cuestiones de poder”<sup>117</sup>.*

Para el citado autor, las condiciones o presupuestos para que la constitución jurídica se imponga sobre la realidad son, por una parte, que aquella no se abstraiga de las circunstancias presentes en la realidad sobre la que pretende actuar y, por otra, que exista “voluntad de constitución” tanto en la conciencia general como, particularmente, en la conciencia de los responsables de la vida constitucional<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> Lo ocurrido en España con la publicación en 1981 de la ya clásica obra de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, es un ejemplo claro de la tendencia a que la expedición de nuevos textos constitucionales se acompañara de una oportuna defensa de su normatividad.

<sup>114</sup> Konrad Hesse, “La fuerza normativa de la constitución”, citado, pág. 61. (Paréntesis fuera del texto).

<sup>115</sup> *Ibid.*, pág. 62.

<sup>116</sup> *Ibid.*, pág. 62.

<sup>117</sup> *Ibid.*, pág. 71.

<sup>118</sup> *Ibid.*, pág. 66.

En cuanto a la reformulación de la idea de constitución, la doctrina retomará un concepto “*racional – normativo*”<sup>119</sup>, cuyas ideas centrales ya estaban presentes en la génesis del constitucionalismo moderno de finales del siglo XVIII, y al que desde entonces se asociaban exigencias de *contenido*, de *origen* y de *forma*. En relación con el contenido, se vuelve a la tradición del constitucionalismo revolucionario francés que ligaba indisolublemente la garantía de los derechos fundamentales y de la separación de poderes al concepto de constitución. Respecto a su origen, la afirmación de la soberanía popular supondrá la necesaria legitimidad democrática de la constitución, cualificada además en virtud de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, gracias a la cual resultaba posible afirmar, al menos en el plano conceptual, que la constitución procedía de una fuente diversa y superior a la de las leyes, y en razón de ello ostentaba una mayor legitimidad política<sup>120</sup>; finalmente, esto se traducirá en la exigencia formal de contar con un procedimiento de elaboración y reforma distinto y más complejo que el de la ley ordinaria<sup>121</sup>. Sobre estas bases se fundamentará en adelante la supremacía *política* de la constitución, esto es, su singular valor derivado del carácter fundamental de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artifice y, como corolario de ésta, su *supremacía jurídica o supralegalidad*<sup>122</sup>.

Esta última aparece como la principal consecuencia, en el plano *jurídico*, de la rehabilitación de la fuerza normativa de la constitución. Como resultado de la misma se establece una relación de superioridad jerárquica entre la constitución y las demás normas del sistema jurídico, al definir la primera las condiciones de validez de las segundas. Esto afectará de manera particularmente importante la posición de la ley, que “*por primera vez en la época moderna viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución*”<sup>123</sup>; transformación que se convierte en el eje central del proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos.

Pero además el rescate de la normatividad de la constitución tendrá repercusiones de orden *ideológico*, pues la incorporación de esta idea a la cultura jurídica del neoconstitucionalismo potenciará el significado político de las constituciones como factor de legitimidad política e integración social. Vinculación que se manifiesta con claridad en elaboraciones doctrinales que defienden la normatividad de la constitución y a la vez exhortan a asumir un compromiso ideológico con los valores propios del estado constitucional, apelando a la necesidad de mantener viva la “*voluntad de constitución*” o el “*sentimiento constitucional*” – fórmulas en las que está

<sup>119</sup> Vid. Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado* (1984), Madrid, Alianza Editorial, 1999, págs. 34 – 41; idea de constitución que a su vez se inscribe en el que Paolo Comanducci denomina “modelo axiológico de la constitución como norma”, vid. “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, citado, págs. 136 – 137.

<sup>120</sup> Sobre la ficción que late en esta argumentación, en cualquier caso necesaria si se quiere mantener la fuerza normativa de la constitución, vid. Gustavo Zagrebelsky, “Storia e costituzione”, en *Il futuro della Costituzione*, citado, págs. 35 – 82, aquí págs. 47 – 49; Luis Prieto Sanchís, “Constitución y Democracia”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, citado, págs. 143 y s.

<sup>121</sup> Sobre el concepto de constitución normativa véase, entre otros, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 49 y ss.; Francisco Rubio Llorente, “La Constitución como fuente de derecho”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, citado, págs. 155 – 176; Manuel Aragón Reyes, “Constitución y Derechos Fundamentales”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, págs. 147 – 162, aquí págs. 147 y ss.

<sup>122</sup> La distinción entre la significación política de la *supremacía* y jurídica de la *supralegalidad* es destacada por Manuel Aragón Reyes, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, citado, págs. 85 – 107, aquí págs. 98 y ss.

<sup>123</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 34.



presente una cierta forma de adhesión al orden constitucionalmente establecido - como condición de existencia de una auténtica constitución normativa<sup>124</sup>. Por otra parte, algunos derivarán de la normatividad de la constitución implicaciones de orden *metodológico*, sustentando en ella el carácter también normativo de la ciencia jurídica y del derecho constitucional<sup>125</sup>.

No obstante, para los efectos de este trabajo interesa centrar la atención en las consecuencias que para el sistema jurídico supone la reivindicación de la fuerza normativa de la constitución, dado que todos los demás rasgos o condiciones de constitucionalización a los que en adelante se hará referencia asumen como presupuesto la supremacía jurídica de la constitución. En particular, se suele establecer una vinculación muy estrecha entre esta última y dos de aquellas condiciones, como son, por un lado, la rigidez y, por otro, el control de constitucionalidad.

## 4.2 RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Desde que James Bryce formulara su célebre clasificación entre constituciones flexibles y rígidas, estas últimas se definen como las constituciones resguardadas frente al poder del legislador ordinario, bien sea porque se establece la imposibilidad jurídica de modificar su texto total o parcialmente o porque se dispone un mecanismo especial de reforma, distinto y agravado respecto del procedimiento legislativo ordinario<sup>126</sup>. Con todo, el uso habitual del término en la doctrina mayoritaria se ha concentrado en la segunda parte de la definición, identificando la rigidez constitucional con la previsión de un procedimiento de reforma más complejo que el trámite legislativo ordinario<sup>127</sup>; contracción que probablemente se explica por el carácter reformable de la mayoría de las constituciones en la actualidad, ante las dificultades que representa su absoluta inmodificabilidad, desde el punto de vista de su justificación democrática, su inconveniencia práctica y sus efectos contraproducentes<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> En tal sentido véase, además del trabajo citado de Konrad Hesse, el postscriptum de Karl Loewenstein sobre el "sentimiento constitucional" incluido en su *Teoría de la Constitución*, citada, págs. 199 – 205. En la literatura española esta tendencia se aprecia con claridad en la obra de Pablo Lucas Verdú que lleva por título *El sentimiento constitucional...*, citada; el prólogo de Eduardo García de Enterría a *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, pág. 33 – 34.

<sup>125</sup> Konrad Hesse, "La fuerza normativa de la Constitución", citado, págs. 59, 72 – 73.

<sup>126</sup> Vid. James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (1905), est. preliminar P. Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, págs. 78 – 82.

<sup>127</sup> Vid., entre otros, Joaquín Varela Suanzes, "Sobre la rigidez constitucional", en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pág. 84; Víctor Ferreres, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, 23, 2000, pág. 29, así como la bibliografía a la que remiten estos autores. En contra de la equiparación entre rigidez y previsión de un procedimiento agravado de reforma vid. Alessandro Pace, "La natural rigidez de las constituciones escritas", en *La rigidez de las constituciones escritas*, citado, págs. 12 y ss., quien afirma que también cabe considerar como rígidas a las constituciones que omiten establecer mecanismos de reforma; en el mismo sentido Manuel Aragón Reyes, para quien convendría ampliar el sentido en el que suele emplearse la rigidez con el fin de admitir que aquella se presenta de modo tácito en los sistemas jurídicos donde se distingue entre poder constituyente y poder constituido, "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional", citado, págs. 102 - 107.

<sup>128</sup> No obstante, cabe señalar la presencia de "cláusulas de intangibilidad" en textos constitucionales como los de Alemania (art. 79.3), Italia (art. 139), Francia (art. 89), Portugal (art. 228), Grecia (art. 110), dirigidas a salvaguardar la opción por el sistema democrático y el respeto de algunos derechos fundamentales, y que permanecen como un residuo del primer tipo de rigidez al que aludía Bryce.

A menudo se considera que existe una relación necesaria entre rigidez y supremacía jurídica de la constitución, representándolas como “dos caras de la misma moneda”<sup>129</sup>, viendo en la rigidez un “requisito indispensable para convertir a la constitución en la norma suprema del ordenamiento jurídico”<sup>130</sup> e incluso concibiendo a esta última como el principal soporte del paradigma jurídico del estado constitucional<sup>131</sup>. Otros, por el contrario, destacan el carácter contingente de dicha relación, como en España Ignacio de Otto, al señalar que la existencia de la rigidez no es requisito indispensable para que quepa afirmar la superioridad de la constitución como norma, y que por el contrario es posible admitir la supremacía jurídica de una constitución flexible, esto es, reformable a través del mismo procedimiento previsto para la aprobación de leyes ordinarias, siempre y cuando se exija que la reforma se haga de manera expresa<sup>132</sup>.

Favorable a esta última tesis se muestra Luis Prieto, para quien cabría propiciar un sistema flexible, pero explícito, de reforma constitucional. Ello tendría como efecto desactivar una de las más frecuentes críticas lanzadas contra la supremacía constitucional pero que, en sentido estricto, es más bien un argumento en contra de su rigidez. Esta variante de la objeción contramayoritaria vendría a cuestionar “por qué una nación que fundamenta su legitimidad en el consentimiento de los gobernados decide constituirse políticamente a través de un compromiso con un acuerdo original estructurado deliberadamente para dificultar el cambio”<sup>133</sup>. Tal razonamiento, a juicio de Luis Prieto, no milita en contra de la existencia de normas superiores que limiten el poder de los órganos del Estado, sino en contra de la existencia de normas inmodificables, difícilmente modificables, por la mayoría. Para este autor, “una constitución flexible sigue siendo – o puede seguir siendo – una norma suprema que debe ser respetada”, esto es, que no debe ser violada, sin que ello suponga que no pueda ser reformada<sup>134</sup>. Es el carácter expreso y solemne de la enmienda constitucional el que marca la diferencia entre reforma y violación de la constitución, en tanto “la reforma implica asumir una carga de deliberación, transparencia y generalidad que obviamente no tiene la violación más o menos inadvertida”<sup>135</sup>.

En el mismo sentido, Víctor Ferreres señala la rigidez constitucional como una de las circunstancias que alientan la aparición de la objeción democrática, admitiendo que “en el caso extremo en que la Constitución es tan flexible que se puede reformar a través del mismo procedimiento por el que se aprueban las leyes (con la única carga de indicar expresamente cuál es el precepto de la Constitución que se desea modificar), la objeción democrática en contra de la institución del control judicial de las leyes prácticamente se evapora”<sup>136</sup>. Frente a este planteamiento surgen dos cuestiones: en primer lugar, cabe preguntarse si acaso la obligación de hacer explícita la modificación constitucional no marca, como tal, una diferencia respecto al procedimiento

<sup>129</sup> Alessandro Pace, “La natural rigidez de las constituciones escritas”, citado, pág. 71.

<sup>130</sup> Joaquín Varela Suanzes, “Sobre la rigidez constitucional”, citado, pág. 96.

<sup>131</sup> Vid. Luigi Ferrajoli, “Estado de Derecho: entre pasado y futuro (seguido de diez tesis)”, citado, págs. 69 –71; en este punto Riccardo Guastini sostiene una postura similar cuando señala la existencia de una constitución rígida como condición necesaria de constitucionalización del sistema jurídico, sin la cual esta última “no es ni siquiera pensable”. Vid. “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ ordinamento italiano”, citado, pág. 186.

<sup>132</sup> Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 1ª. ed., Barcelona, Ariel, 1987, págs. 62 - 63.

<sup>133</sup> Como se pregunta Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (1978), 3ª. ed., vol. I, New York, Foundation Press, 2000, pág. 20.

<sup>134</sup> Luis Prieto Sanchís, “Constitución y Democracia”, citado, pág. 150.

<sup>135</sup> *Ibid.*, pág. 151.

<sup>136</sup> Víctor Ferreres, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 44. Sobre el carácter antidemocrático de la exigencia de mayorías reforzadas, vid., Juan Carlos Bayón, “Diritti, democrazia, costituzione”, citado, pág. 48; Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, citado, págs. 59 – 61.

de elaboración de las leyes ordinarias, un plus de exigencia argumentativa en el caso de la reforma, suficiente para afirmar que se está en presencia de una constitución (menos) rígida<sup>137</sup>. En segundo lugar, la exigencia de reforma expresa cobra sentido en tanto la alteración de las reglas constitucionales implique asumir un mayor coste de legitimidad por parte de los órganos políticos, pues sólo en tal caso aquella puede operar como un freno político y, por tanto, como un límite al legislador. Ahora bien este límite funciona siempre y cuando la norma constitucional que se pretende reformar cuente con un amplio apoyo o cuando exista en la sociedad un ambiente proclive a “tocar” la constitución lo menos posible, como ocurre precisamente en el caso español<sup>138</sup>. Sin esta condición, falla el presupuesto que le confiere sentido a la exigencia de explicitar la reforma, se desvanecen las fronteras entre reforma y violación y se atenúa al mínimo el carácter vinculante de la constitución.

Más allá de la discusión sobre el carácter necesario o contingente de la rigidez constitucional, en los sistemas jurídicos que presentan este tipo de constituciones subsiste la objeción contramayoritaria a la que nos referíamos antes. En un trabajo reciente, Víctor Ferreres ha salido en defensa de la rigidez constitucional, destacando el nexo que la vincula con el control de constitucionalidad, en virtud del cual ambos institutos compensan recíprocamente el déficit de legitimidad democrática que pesa sobre ellos. De este modo, en primer lugar, la rigidez se justifica como un medio para garantizar y preservar la práctica argumentativa ante el juez constitucional, dado que, *“si la Constitución fuera flexible, la mayoría parlamentaria podría liberarse fácilmente de la carga de dar al juez buenas razones en defensa de la ley que ha aprobado”*<sup>139</sup>, acudiendo al expediente de reformar la constitución y, con ello, frustrando la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad. Al contrario, sostiene Ferreres,

*“en la medida en que la Constitución es rígida, estas estrategias se ven dificultadas, por lo que aumentan los incentivos para que la mayoría se tome en serio la carga de ofrecer al juez razones de peso para justificar la ley ante el reproche de que lesiona algunos de los derechos y libertades garantizados en la Constitución. Correlativamente, aumentan los incentivos para que quienes creen tener buenos argumentos constitucionales en contra de la ley, los articulen ante el juez: saben que si tienen éxito, su victoria no se esfumará fácilmente a través de una reforma constitucional”*<sup>140</sup>.

En segundo lugar, la rigidez, en el sentido en que es entendida por la mayor parte de la doctrina, esto es, como previsión de cláusulas especiales de reforma, supone dificultad para enmendar la constitución, pero a la vez implica reformabilidad. Desde esta perspectiva, considera Ferreres, la posibilidad de modificación que deja abierta una constitución rígida permite al legislador controlar, por vía de reforma, las interpretaciones del juez constitucional, contribuyendo de este modo a compensar la falta de legitimidad democrática que aqueja al control judicial de la ley<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> En tal sentido Joaquín Varela Suanzes, “Sobre la rigidez constitucional”, citado, pág. 96, nota 31, quien considera que en estos casos la constitución conserva su rigidez. Por su parte, Alessandro Pace, afirma que en tal evento la constitución deviene flexible. “Sobre la natural rigidez de las constituciones escritas”, citado, págs. 71 – 72, nota 159.

<sup>138</sup> Vid. Víctor Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, citado, pág. 32 – 33.

<sup>139</sup> *Ibid.*, pág. 39.

<sup>140</sup> *Ibid.*, pág. 39.

<sup>141</sup> *Ibid.*, págs. 40 – 41. Ante la defensa de la rigidez ofrecida por Ferreres los partidarios de la modificación explícita por el legislador ordinario podrían sostener, frente al primer argumento, que también la reforma expresa contribuye a preservar la exigencia de dar buenas razones a favor del cambio constitucional, sólo que en este caso dichas razones se debatirían en sede parlamentaria y no ante el juez constitucional. Respecto al segundo razonamiento, claramente sería extensible para justificar el mecanismo de

Finalmente, la potencial ilegitimidad democrática de las constituciones rígidas se acentúa con el paso del tiempo, pues cuanto más amplía es la brecha entre las decisiones del constituyente y las de la generación presente tanto más se intensifica la “tiranía del pasado” a la que se refieren los críticos del precompromiso constitucional. Sin embargo, este déficit de legitimidad puede atenuarse en la medida en que las constituciones rígidas permitan un suficiente margen de indeterminación en sus contenidos, en especial los referidos a derechos (ya sea mediante el uso de expresiones ambiguas, abstractas, de conceptos esencialmente controvertidos o de principios susceptibles de colisionar entre sí), pues de este modo se deja en manos de las generaciones futuras la posibilidad de establecer el contenido específico de aquellas expresiones indeterminadas y de resolver las colisiones entre principios conforme a las concepciones valorativas vigentes en un momento dado, lo que no sucedería si el texto constitucional expresara sus contenidos de manera detallada y categórica<sup>142</sup>. Es claro que en la medida en que las constituciones acudan a la indeterminación de los contenidos como forma de compensar su rigidez, se verán potenciados otros rasgos de constitucionalización, tales como la presencia de principios y el protagonismo de los jueces, dado el desplazamiento de poder discrecional que comportan cláusulas de este tipo.

### 4.3 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Al lado de la rigidez, la existencia del control de constitucionalidad ha sido considerada como condición necesaria de constitucionalización de un sistema jurídico y soporte fundamental de la supremacía de la constitución<sup>143</sup>.

Si bien el estado constitucional tiende de modo general al reforzamiento de los mecanismos de fiscalización del poder, en especial de los controles jurídicos, como resultado de su adscripción a ese paradigma nomocrático de convivencia que es el estado de derecho<sup>144</sup>, lo que en particular se destaca como una de las señas de identidad del estado constitucional es la extensión del control jurídico a los actos del legislador a través del control de constitucionalidad de las leyes.

Como es ampliamente conocido, los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes actualmente existentes se han elaborado a partir de tres modelos que, en líneas generales, pueden caracterizarse así:

La *judicial review* americana, donde la competencia para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes se atribuye a todos los jueces, siendo por tanto un control *difuso* y *concreto*, esto es, necesariamente vinculado a la resolución jurídica de un caso particular y en el que la parte agraviada debe acreditar que la aplicación de la ley que estima inconstitucional produce un daño a un interés inmediato y legítimo, deviniendo así en un control de *derecho subjetivo*, donde el examen de constitucionalidad de la ley tiene lugar por vía incidental y

---

reforma explícita.

<sup>142</sup> Sobre la indeterminación de los contenidos constitucionales como mecanismo para compensar la rigidez vid., Víctor Ferreres, *Justicia Constitucional y Democracia*, citado, págs. 106 – 116; del mismo autor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, citado, págs. 33 – 36; Stephen Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en *Constitucionalismo y Democracia*, citado, págs. 245 – 247; Konrad Hesse, “Concepto y cualidad de la Constitución”, citado, págs. 18 – 19; Francisco Tomás y Valiente “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, 15 – 16, 1994, pág. 642.

<sup>143</sup> Vid. Riccardo Guastini, “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano”, citado, pág. 186.

<sup>144</sup> De la vinculación entre constitucionalismo y control del poder, y de las diversas manifestaciones que asume el control en el estado constitucional se ocupa con especial interés Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder*, citado.

se realiza en función de la tutela de aquellos derechos<sup>145</sup>. Es además un control *posterior*, dado que el juicio de inconstitucionalidad se produce sobre una ley ya vigente y se concentra en el momento de la *adjudicación*; finalmente, el control se resuelve en la *inaplicación* de la ley al caso concreto planteado y, por ende, tiene sólo efectos *inter partes*, aunque el carácter vinculante del precedente en los sistemas jurídicos de tipo anglosajón (*stare decisis*), lleva a que en la práctica la inaplicación de una ley por parte del Tribunal Supremo pueda alcanzar efectos generales.

El modelo *kelseniano*, sobre el cual se edifica el sistema europeo de control de constitucionalidad, y que, a diferencia del anterior, es de carácter *concentrado y abstracto*; lo primero por estar radicado en un órgano *ad hoc* – el Tribunal Constitucional – separado e independiente de los demás poderes públicos; lo segundo porque el juicio de constitucionalidad se contrae a un examen de compatibilidad lógica entre normas, excluyendo toda referencia a cuestiones fácticas y convirtiéndole en un control *de derecho objetivo* cuya finalidad primordial es garantizar la coherencia lógica del ordenamiento. Al igual que en el modelo americano se trata de un control *posterior* a la entrada en vigencia de la ley pero, a diferencia de aquél, en el sistema kelseniano el control se sitúa en un momento intermedio entre la creación y la aplicación. En cuanto a los efectos, la declaración de inconstitucionalidad comporta la *anulación* de la norma legal, su exclusión del ordenamiento jurídico con efectos generales, y de ahí la caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo”.

El modelo *francés*, que en sus inicios se propone como una excepción al sistema de control adoptado en el resto de Europa continental, es el resultado de la peculiar evolución del constitucionalismo galo y se configura como un sistema de control *concentrado* en un órgano específico, en este caso el Consejo Constitucional; *abstracto y de derecho objetivo*, pues al igual que el modelo kelseniano consiste en un juicio de compatibilidad entre textos normativos; *previo*, dado que tiene lugar en el momento de la *creación* legislativa, operando básicamente sobre leyes aprobadas pero aún no promulgadas, con lo cual sus efectos son necesariamente *generales*, ya que la decisión de inconstitucionalidad impide o condiciona la promulgación de la ley.

Cada uno de estos “tipos-ideales” de control resuelve de distinto modo la inevitable tensión entre constitucionalismo y democracia que tiene lugar cuando la pretensión de limitar y condicionar las decisiones de las mayorías que alienta el constitucionalismo se enfrenta a la dignidad democrática de la ley. El modelo americano se inclina decididamente hacia el polo del constitucionalismo, según se advierte tanto en la argumentación desarrollada por Alexander Hamilton en El Federalista como en la célebre sentencia *Marbury vs Madison*, considerados los hitos fundacionales de la *judicial review*<sup>146</sup>. En efecto, la denominada “lógica

<sup>145</sup> Sobre la clasificación del control de constitucionalidad en control “de derecho subjetivo” y “de derecho objetivo”, vid. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, págs. 61 – 62.

<sup>146</sup> Sobre la génesis y fundamentación de la *judicial review* vid., entre otros, Roberto Luis Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, citado, págs. 101 – 204; Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad*, citado, págs. 168 – 169; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 123 – 128; Francisco Fernández Segado, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en la obra colectiva coordinada por Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson – Ediciones Jurídicas Lima – Editorial Jurídica E. Esteva Uruguay – Editorial Jurídica Venezolana, 1997, págs. 41 – 94, aquí págs. 52 – 58; Gabriel Bouzat, “El control constitucional. Un estudio comparativo”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 69 – 93; Juan García Cotarelo, “Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, 3 – 4, 1988, págs. 871 – 921, aquí, págs. 873 – 882; Michele Taruffo,

Hamilton – Marshall<sup>147</sup> afirma sin reservas el valor jurídico supremo de la constitución y, como corolario, tanto su aptitud para ser empleada por los jueces en la resolución jurídica de casos particulares como su prevalencia sobre las leyes en caso de conflicto, en aplicación del criterio jerárquico de resolución de antinomias. Como contrapartida, y para minimizar los peligros de un antidemocrático “gobierno de los jueces”, la constitución será concebida como un texto inteligible, dotado de un contenido normativo preciso y claro, que prefigura al juicio de constitucionalidad como un sencillo ejercicio de subsunción. Correlativamente, la actividad judicial será considerada una tarea eminentemente cognoscitivista – una manifestación de *juicio* no de *voluntad* – con lo cual los jueces, cuando interpretan la constitución, son la “boca muda” a través de la cual se expresa la voluntad popular<sup>148</sup>.

Por su parte el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional representa un intento de conciliar la supremacía de la constitución con la libertad política del Parlamento, y de paso garantizar una estrecha vinculación de los jueces a la ley, al vedarles la aplicación directa del texto constitucional. Como explica Marina Gascón,

*“en la tensión política entre jueces y legisladores en la Europa de los años veinte, que tendría su culminación dramática en la República de Weimar, y en la tensión teórica entre un positivismo desacreditado y un derecho libre desbocado, el Tribunal Constitucional venía a representar un intento de conciliación y, al mismo tiempo, de recuperación de una dosis de racionalidad: de un lado, porque pretendía garantizar la supremacía de la Constitución sin comprometer la libertad política del Parlamento; de otro, porque, asumiendo las enseñanzas del antiformalismo, quiso recuperar uno de los ideales de la filosofía iluminista y de la Codificación, cual es el de la aplicación ‘lógica’ y controlable del Derecho”*<sup>149</sup>.

Con tal fin se establece un órgano de control cuya tarea es estrictamente lógico-normativa, sin margen alguno de discrecionalidad; depuración valorativa que se obtiene por la doble vía de excluir las cuestiones fácticas del juicio de constitucionalidad y dejar por fuera del parámetro de control toda “fraseología” constitucional relativa a etéreos contenidos de justicia material, con lo que dicho modelo presupone una constitución de

---

“Ley y juez en el ‘rule of law’ inglés y en el constitucionalismo americano”, en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, trad. P. Andrés Ibáñez, citado, págs. 141 – 160, aquí págs. 146 – 151; Luis Prieto Sanchís, “Presupuestos ideológicos y doctrinales de la justicia constitucional”, citado, págs. 41 y ss. Para una interpretación crítica de los orígenes de este sistema de control vid. Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, págs. 17 – 80.

<sup>147</sup> Vid. Carlos Santiago Nino, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, citado, págs. 96 – 137, aquí págs. 98 - 100; Pablo De Lora. *La interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, págs. 100 – 103.

<sup>148</sup> Sin embargo, la concepción cognoscitivista de la actividad judicial presente en la “lógica Hamilton – Marshall” solo se afirmará en los inicios de la *judicial review*, ya que desde finales del siglo XIX tiene lugar un “giro realista” que favorecerá el reconocimiento de la discrecionalidad judicial y abonará el terreno para un fecundo debate en torno a la interpretación constitucional. Una interesante periodización de la historia del control de constitucionalidad en Estados Unidos puede verse en Christopher Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional* (1986), trad. M. G. Rubio de Casas y S. Valcárcel, Madrid, Civitas, 1991.

<sup>149</sup> Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 1994, págs. 63 – 87, aquí pág. 64. Sobre la fallida experiencia constitucional de Weimar y su influencia en la conformación del sistema europeo de control de constitucionalidad vid. Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad...*, citado, págs. 71 – 227; Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, citado, págs. 157 – 160; Luis Prieto Sanchís, “Presupuestos ideológicos y doctrinales de la justicia constitucional”, citado, págs. 80 y ss.

reglas, puramente organizativa y procedimental<sup>150</sup>. Así se logra que el Tribunal Constitucional - órgano, por lo demás, de ambigua naturaleza jurídica - no interfiera en el funcionamiento de los poderes a los que se confía la creación y aplicación del derecho, dado que “*ni sustituye al legislador, por cuanto no puede entrar a valorar los motivos que le impulsan, ni puede tampoco ocupar el lugar del juez, dado que no es su función revisar el modo de aplicar el Derecho a los casos concretos*”<sup>151</sup>.

Finalmente, el modelo francés diseñado en la Constitución de 1958 parece, en principio, concebido para rendir tributo a la dignidad democrática de la ley, al confinar el debate sobre su constitucionalidad al momento de la creación legislativa, cerrando el paso a su posterior enjuiciamiento por parte de los órganos de aplicación del derecho<sup>152</sup>. Este sistema de control suele ser adscrito a la tradición de controles políticos propia del constitucionalismo francés - de marcada vocación antijudicialista, legalista y de rígida separación de poderes - atendiendo a la composición del Consejo Constitucional, su dependencia respecto a los órganos políticos, su carácter de instancia reguladora de la actividad de los poderes públicos y a la naturaleza colegisladora del control previo.

Sin embargo, en el funcionamiento efectivo de los sistemas de justicia constitucional cabe apreciar notables distorsiones respecto a la que fuera su matriz originaria: por una parte, la evolución experimentada por el sistema francés tiende a asemejar la tarea del Consejo Constitucional al tipo de control abstracto y concentrado que realizan los Tribunales Constitucionales en el resto de Europa continental e Iberoamérica<sup>153</sup>, lo que incluso le ha convertido en blanco de las críticas tradicionalmente dirigidas contra la justicia constitucional<sup>154</sup>.

A su vez, los sistemas de control abstracto y concentrado de inspiración kelseniana - como el alemán, el italiano o el español -, y en alguna medida el sistema colombiano, se han emancipado de su patrón original en diversos sentidos: en primer lugar, porque los Tribunales Constitucionales en la actualidad se erigen en verdaderos “legisladores positivos” que no limitan su tarea a la anulación de leyes inconstitucionales sino que además fijan autoritativamente las interpretaciones constitucionalmente admisibles de un precepto legal mediante sentencias interpretativas, cuando no sustituyen o adicionan la voluntad del legislador a través de las llamadas sentencias manipulativas.<sup>155</sup> En segundo lugar, por la apertura de la justicia constitucional a los

<sup>150</sup> Vid. Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)” (1928), en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, trad. J. Ruiz Manero, citado, págs. 109 – 155, aquí 141 – 143.

<sup>151</sup> Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 78.

<sup>152</sup> Apariencia que, no obstante, parece no coincidir con la finalidad que inicialmente motivó el establecimiento del Consejo Constitucional, cual era la de reforzar el poder del Ejecutivo en detrimento del Parlamento, estableciendo un mecanismo para controlar que éste último no invadiera las competencias del primero, como lo advierte Pierre Bon en su estudio sobre el sistema francés de control constitucional incluido en la obra colectiva editada por Eliseo Aja, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, págs. 137- 170, aquí 137; en el mismo sentido vid. Javier Pardo Falcón, *el Consejo Constitucional francés*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, págs. 36 – 44; Francisco Fernández Segado, “Evolución histórica y modelos de control constitucional”, citado, págs. 67 y ss.

<sup>153</sup> Tendencia que se ha visto impulsada, entre otras razones, por la decisión del Consejo Constitucional de 1971 en la que se integra el Preámbulo al bloque de constitucionalidad, por la ampliación en 1974 de los sujetos legitimados para solicitar el control, por el carácter contradictorio del procedimiento y por el deber de motivación en derecho de las decisiones del Consejo Constitucional.

<sup>154</sup> En tal sentido vid. Michel Troper, *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. M. Venegas Grau, pról. G. Peces-Barba, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III, 2001, págs. 311 – 328.

<sup>155</sup> Vid. Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, citado, págs. 70 – 75. Sobre las sentencias que exceden el ámbito tradicional de competencias del Tribunal Constitucional vid. Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias*

discursos de aplicación; tendencia que tiene lugar, en el caso colombiano a través de la revisión de las decisiones de tutela, lo que sitúa a la Corte Constitucional más allá de la esfera del control abstracto o de derecho objetivo, convirtiéndole además en un juez que inevitablemente conoce de hechos debido a su función de garante de derechos fundamentales en supuestos concretos de vulneración. En tercer lugar, porque la consideración de cuestiones fácticas no tiene lugar sólo cuando la Corte revisa sentencias de tutela, sino también en el control de constitucionalidad de las leyes pues, en contra de la pretensión de Kelsen, éste no puede limitarse a ser un juicio de compatibilidad lógica entre normas en el que solo intervienen premisas normativas. Ello no es posible en los llamados casos difíciles, en los que la aplicación de criterios como el principio de proporcionalidad promueven el debate en torno a cuestiones empíricas, relacionadas con la idoneidad de la norma enjuiciada para contribuir al logro de su finalidad (lo que supone un examen de su eficacia) o el grado de afectación que la intervención legislativa produce en derechos fundamentales, todas las cuales requieren dar entrada a la consideración de premisas empíricas y a elementos probatorios en el juicio de constitucionalidad de la ley.

Finalmente, figuras como el amparo judicial ordinario o la cuestión de inconstitucionalidad en el sistema español, y la excepción de inconstitucionalidad en el colombiano favorecen la expansión del control y el desvanecimiento de las fronteras entre justicia ordinaria y constitucional, debilitando el monopolio del Tribunal Constitucional o de la Corte para aplicar directamente contenidos constitucionales (específicamente derechos fundamentales) y enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. Por tal razón se afirma que en la actualidad el modelo europeo de justicia constitucional, no obstante su carácter predominantemente concentrado, no presenta diferencias cualitativas con el sistema americano y, antes bien, se encuentra más próximo a éste último que a la lógica propia del modelo kelseniano<sup>156</sup>.

En este orden de ideas cabe advertir que en los sistemas jurídicos “constitucionalizados” el control tiende a instalarse en el momento de la adjudicación, y a tener, en consecuencia, carácter difuso y concreto. Ello sin perjuicio de que muchos sistemas dispongan además de Tribunales Constitucionales que realizan un control abstracto, cuya permanencia se explica en función de las circunstancias históricas y políticas que motivaron su creación<sup>157</sup> y en el presente cabe justificar por la mayor calidad deliberativa que puede aportar al procedimiento democrático, en tanto su existencia, como señala Ferreres, “*contribuye a asegurar que no decaiga la práctica constitucional de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia*”.<sup>158</sup>

---

*interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

<sup>156</sup> Vid., entre otros, Alfonso Ruiz Miguel, “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, *Doxa*, 23, 2000, págs. 145 – 160, aquí, 158; Luis Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, citado, págs. 305 – 342, aquí pág. 317; Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, citado, págs. 85 – 86; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, pág. 137; Francisco Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, en *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, 1ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 495 y ss.

<sup>157</sup> Circunstancias que tenían que ver, básicamente, con la necesidad de apuntalar la supremacía jurídica y política de las constituciones en un contexto de refundación de regímenes políticos tras experiencias de corte autoritario, como el que acompaña el surgimiento del estado constitucional, y con la desconfianza de encomendar el control a una judicatura ordinaria poco habituada a operar con una constitución normativa, todo lo cual aconsejaba la creación *ex novo* de una jurisdicción constitucional concentrada. Así lo explican Francisco Rubio Llorente, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 1992, págs. 9 – 39, aquí, pág. 12; Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, citado, pág. 86.

<sup>158</sup> Víctor Ferreres, *Justicia Constitucional y Democracia*, citado, pág.180.



En cambio, el control de constitucionalidad difuso en sede de aplicación viene exigido en aquellos sistemas jurídicos donde concurren otras condiciones de constitucionalización, como son, básicamente, la existencia de constituciones dotadas de un denso contenido material, supremacía jurídica y aplicabilidad directa. Lo primero porque una vez que la constitución deja de ser vista como una norma puramente organizativa y procedimental, para convertirse además en una norma cargada de contenidos sustanciales que pretenden modelar el orden social en su conjunto, se amplía el horizonte de sus destinatarios para abarcar ya no exclusivamente a los órganos superiores del sistema a los que se dirigen las normas de competencia y procedimiento, sino también a los órganos de adjudicación, quienes tendrán que interpretar y aplicar sus contenidos materiales para la resolución de conflictos particulares, por tratarse de normas que pretenden “decir algo” en estos casos<sup>159</sup>. Y si a lo anterior se suma el valor jurídico supremo de la constitución, de ello resulta que, al menos en los sistemas jurídicos que presenten ambas características, cuando la solución prevista en la ley venga apoyada en un principio constitucional opuesto a otros principios del mismo rango que sugieren distintas respuestas para el mismo supuesto fáctico, el juez se ve abocado a resolver tal colisión de principios mediante su ponderación a la luz del caso concreto.

En conclusión, sin entrar a juzgar acerca de la conveniencia de mantener los actuales Tribunales Constitucionales, puede decirse que es propiamente el control difuso y concreto que realiza el juez en el momento de la aplicación del derecho el que aparece como una seña de identidad de los sistemas jurídicos constitucionalizados. En tal sentido cabe interpretar la tesis de Luis Prieto según la cual “*la fiscalización abstracta de las leyes podría desaparecer sin gran merma para el sistema de garantías. Lo que no podría desaparecer es la defensa de los derechos por parte de la justicia ordinaria, cuyo primer y preferente parámetro normativo no es la Ley, sino la Constitución*”<sup>160</sup>.

#### 4.4 REMATERIALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Con esta expresión se alude al paso de una constitución predominantemente organizativa y procedimental, ocupada de disciplinar la vida interna del estado, a una constitución fuertemente impregnada de contenidos materiales con vocación de regular el conjunto de la vida social y estatal<sup>161</sup>.

Como es sabido, bajo la influencia de la doctrina iuspublicista alemana, la teoría jurídica europeo continental de finales del siglo XIX concebía la constitución como la regulación jurídica de la “forma del poder”<sup>162</sup> y de los modos de creación del derecho, y, en consecuencia, básicamente conformada por normas de competencia y de procedimiento, esto es, por lo que la teoría constitucional suele denominar parte *orgánica* de la constitución. A la luz de esta concepción, el preámbulo, las declaraciones de derechos y otras disposiciones materiales incluidas en la constitución, se consideraban jurídicamente irrelevantes.

<sup>159</sup> Vid. Riccardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, págs. 288 – 289.

<sup>160</sup> Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, citado, pág. 226.

<sup>161</sup> La expresión la utiliza Massimo La Torre para referirse, de modo general, a la rematerialización del derecho que se aprecia en la evolución reciente de los sistemas jurídicos. Vid. del autor, “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva Europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16, 1993, págs. 67 – 93, aquí, págs. 70 y ss.

<sup>162</sup> Para emplear la afortunada expresión con la que Francisco Rubio Llorente titula su conocida obra.

La noción de constitución desarrollada por Kelsen representa la culminación de esta tendencia. En ella se identifica la constitución en sentido “*propio, originario y estricto*” con “*la regla sobre la creación de las normas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación*”<sup>163</sup>, contrapuesta a la constitución “en sentido amplio”, expresión que emplea para designar a las constituciones que además de disciplinar la creación formal de las leyes, también incluyen normas de contenido material que establecen principios, directivas y límites al contenido de las leyes futuras<sup>164</sup>. Pese a reconocer que de hecho las constituciones contienen cláusulas de contenido valorativo, éstas no encuentran fácil acomodo en la concepción de la constitución elaborada por el padre de la Teoría Pura del Derecho ya que - según explica este autor - el alto grado de indeterminación que presentan este tipo de normas impide que su consideración en el razonamiento jurídico pueda tener el carácter de un acto de aplicación del derecho en sentido técnico, por lo cual solo cabe entenderlas como expresiones carentes de significado jurídico que consagran espacios abiertos a la discrecionalidad de los órganos de creación jurídica. De ahí que – a juicio de Kelsen – resulte equivocado interpretar “*las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes*”<sup>165</sup>, y más aún, emplearlas como criterio para enjuiciar su constitucionalidad, pues ello implicaría un inconveniente e ilegítimo desplazamiento de poder del Parlamento a favor del Tribunal Constitucional. Por ende, aconseja el profesor austriaco, con el fin de evitar un desplazamiento semejante, “*la Constitución debe [...] abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible*”<sup>166</sup>.

Lejos de atender la recomendación de Kelsen, las cartas constitucionales propias del neoconstitucionalismo han consolidado la senda ya iniciada por constituciones como la de Weimar (1919) o la mexicana de 1917, acentuando la presencia de contenidos valorativos, en su mayoría expresados en un lenguaje deliberadamente impreciso, y utilizados además como parámetro de validez de las normas infraconstitucionales. En efecto, la incorporación de valores, principios rectores y de un catálogo más o menos prolijo de derechos fundamentales y cláusulas programáticas en las constituciones promulgadas tras la segunda mitad del siglo XX, enriquecidas con la ratificación de múltiples instrumentos de protección de derechos humanos dan cuenta del mayor protagonismo que adquiere la parte *dogmática* en la praxis y en la teoría constitucional.

Las repercusiones de dicha transformación para los sistemas jurídicos y la teoría del derecho son tales que justifican detenerse un momento en las razones que contribuyen a explicarla, entre las cuales cabe considerar:

- (i) Por un lado, la dimensión dirigente que, junto a la tradición garantista, converge en las constituciones surgidas tras la Segunda Guerra Mundial, incidirá en el aumento de las funciones tradicionalmente asignadas a la constitución, a las que se suma la tarea de modelar el orden social en su conjunto – las relaciones políticas, económicas, familiares, educativas, etc. – conforme a unos valores cuya realización compromete solidariamente a todos los actores sociales<sup>167</sup>. En línea de principio cabe afirmar que el

<sup>163</sup> Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)”, citado, pág. 115.

<sup>164</sup> *Ibid.*, pág. 115.

<sup>165</sup> *Ibid.*, pág. 142.

<sup>166</sup> *Ibid.*, pág. 143.

<sup>167</sup> Vid. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, citado, pág. 128; Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República*

componente dirigente será mayor cuanto más “sustantiva” sea la constitución, esto es, cuantas más cláusulas materiales incorpore, en particular aquellas de contenido programático, y cuanto mayor sea el ámbito de relaciones sociales que pretende regular<sup>168</sup>.

- (ii) Vinculada a la anterior está la idea de democracia que alienta el estado constitucional. Si como indica Nino, en su versión más robusta y exigente el constitucionalismo incorpora a sus requerimientos un modelo particular de democracia<sup>169</sup>, el surgido tras la segunda posguerra es un constitucionalismo especialmente exigente que reclama un modelo de democracia que aúne al principio de soberanía popular la presencia de un núcleo sustancial indisponible para las mayorías. Tal es la “*democracia sustancial*” o “*constitucional*”, definida por Ferrajoli como aquella que responde no sólo a la cuestión del *quién* y *cómo* decidir, sino a la de *qué* cosas no deben y cuáles, por el contrario, deben ser decididas por la mayoría; modelo que, a su vez, requiere un sistema jurídico que condicione la validez de sus normas tanto a criterios formales como sustanciales<sup>170</sup>. Así, la democracia sustancial supone la apertura de la constitución a normas de contenido que establezcan límites y directivas a las decisiones de los poderes públicos y operen, en consecuencia, como criterios de validez material de las leyes<sup>171</sup>.
- (iii) A su vez, la rematerialización de las constituciones recibirá un impulso decisivo del “*giro neoiusnaturalista*” que acompaña a la cultura jurídica de mediados del siglo XX<sup>172</sup>. Se trataba, en efecto, de recuperar la dimensión axiológica del derecho, de anudarlo a la idea de justicia, pues sólo de este modo estaría el derecho en condiciones de servir como límite, y no como simple instrumento, de la política. En ese orden de ideas, explica Zagrebelsky, “*se consideraba indispensable un anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y voluntades políticas que se fuesen afirmando en el transcurso del tiempo. Para ello el derecho debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como punto de partida ‘natural’ y no controvertido, de cualquier orden social y político*”<sup>173</sup>. Pero

---

*Federal Alemana* (1977), trad. J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pág. 217.

<sup>168</sup> En el contexto europeo, la constitución portuguesa es acaso la que en mayor grado acentúa la dimensión dirigente, como se infiere tanto de la lectura de su texto como de la reflexión que el tema ha merecido en el constitucionalismo luso, entre la que se destaca la obra de José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas* (1982), 2ª. ed., Coimbra, Editora Limitada, 2001; el prefacio de esta edición incluye una reconsideración crítica respecto a la postura inicial de su autor, también publicada en español bajo el título “¿Revisar la / o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43, 1995, págs. 9 – 23.

<sup>169</sup> Vid. Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, citado, pág. 16.

<sup>170</sup> La noción de democracia sustancial, como complemento de la democracia política o formal, está presente en varios trabajos de Luigi Ferrajoli, entre otros, *Derecho y razón...*, citado, págs. 864 – 866; “Derechos Fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, citado, págs. 25 y 36; “La democracia constitucional”, en *El garantismo y la filosofía del derecho*, citado, pág. 166.

<sup>171</sup> Para una crítica a la noción de democracia sustancial defendida por Ferrajoli véase, entre otros, Michelangelo Bovero, “La filosofía política di Ferrajoli”, en *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino, Giappichelli, 1993, págs. 399 - 406; del mismo autor, “Derechos fundamentales y Democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, citado, págs. 215 – 242, aquí págs. 234 – 242; Anna Pintore, “Derechos insaciables”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, citado, págs. 243 – 265; también de la autora, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, *Doxa*, 23, 2000, págs. 119 – 144, aquí pág. 132.

<sup>172</sup> Al que se refiere Alfonso García Figueroa, “Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría de la argumentación y teoría del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Chile (en prensa), epígrafes 1, 3 y 4.

<sup>173</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 68.

dado que no era viable un retorno, sin más, a los postulados del iusnaturalismo en cualquiera de sus versiones, la solución consistiría en la constitucionalización de los derechos del hombre - secularmente adscritos a la tradición iusnaturalista - y de principios de justicia material, que vendrían a suministrar algo así como una “definición jurídica de la justicia”<sup>174</sup> y, de paso, trasladar al firme suelo del derecho positivo la oposición entre ley positiva y ley natural<sup>175</sup>.

Pasando ahora a la consideración de las consecuencias del fenómeno aquí considerado, cabe destacar, en primer lugar, que la rematerialización de las constituciones y su consiguiente utilización como parámetro de validez material de las leyes conduce a redefinir la relación entre los componentes “estático” y “dinámico”, distinguidos por Kelsen como criterios para determinar la pertenencia de las normas a un sistema. Según el primero, una norma hace parte de un sistema cuando su contenido se deduce lógicamente del contenido de otra norma más general perteneciente al mismo sistema; a su vez, conforme al principio dinámico, la pertenencia de una norma a un sistema se establece “en tanto ha sido producida de la manera determinada en la norma fundante básica, y no por tener determinado contenido”<sup>176</sup>. Pues bien, tradicionalmente el componente dinámico ha desempeñado un rol prevalente en la determinación de las condiciones de validez de las normas jurídicas (validez formal); prioridad que ha sido destacada para singularizar el derecho frente a otros sistemas normativos, como la moral. Pero la presencia de constituciones dotadas de un denso contenido sustantivo conduce a reafirmar la dimensión estática de los sistemas jurídicos, lo que ha sido interpretado como un acercamiento estructural entre el derecho y la moral, circunstancia que a su vez aproxima el razonamiento jurídico al razonamiento moral<sup>177</sup>.

En segundo lugar, la incorporación de contenidos sustanciales a la constitución se realiza a través del tipo de normas que se suelen denominar principios, los cuales, a su vez, estimulan un género de interpretación, de argumentación y de resolución de conflictos distinto al que se emplea en relación con las reglas, lo que les convierte en pieza clave de la constitucionalización del sistema jurídico, como tendremos oportunidad de considerar en el siguiente epígrafe.

Pero además de las anteriores, interesa subrayar una tercera consecuencia de la rematerialización que se proyecta sobre la idea misma de constitución. En efecto, el fenómeno al que se alude ha dado lugar a dos modos distintos y tendencialmente contradictorios de concebir la constitución: bien como expresión de un

---

<sup>174</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 96. Autor que además resalta el diferente papel que en la constitución juegan los derechos y los que denomina “principios de justicia material”, insistiendo en que la materialización de las constituciones no se agota en la inclusión de los primeros, vid. págs. 93 – 108.

<sup>175</sup> Así lo entienden, entre otros, Ralf Dreier, “Derecho y moral” (1981), en *Derecho y Filosofía*, citado, pág. 74; Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, citado, págs. 354 – 357; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 114.

<sup>176</sup> Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (1960), México, Editorial Porrúa – UNAM, 1991, pág. 204. En un sentido similar Alexy distingue entre modelos constitucionales “puramente materiales” y “puramente procedimentales”, correspondientes a los principios estático y dinámicos, respectivamente, señalando que “el sistema jurídico, debido a la vigencia de las normas iusfundamentales, tiene el carácter de un sistema jurídico materialmente determinado por la Constitución”. Vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 503 – 505, 525.

<sup>177</sup> Sobre este fenómeno vid. Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, págs. 23 – 24; del mismo autor, *Constitucionalismo y Positivismo*, citado, pág. 65; Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, citado, págs. 62 – 66.

“orden objetivo de valores” que se proyecta sobre el sistema jurídico y el conjunto de la vida social, o bien como un “ordenamiento marco”, como una “norma abierta” que no impone un determinado sistema axiológico sino que, por el contrario, admite la libre realización de cualquiera de ellos dentro del amplio elenco de posibilidades que aquella configura. Si bien la jurisprudencia constitucional oscila entre ambas posiciones y buena parte de la doctrina suele adoptar un punto intermedio, conviene exponerlas por separado para destacar cómo la opción por una u otra arrastra consecuencias diversas que a su vez conducen a acentuar o matizar el grado de constitucionalización de un sistema jurídico.

#### 4.4.1 La constitución como “orden objetivo de valores”

La concepción de la constitución como un sistema material de valores se manifiesta de modo especial en la jurisprudencia constitucional alemana a partir de la década de los 50, bajo la influencia de la teoría axiológica de los derechos fundamentales, elaborada a partir de la *Integrationslehre* de Rudolf Smend y de la ética material de los valores desarrollada por Max Scheler y Nicolai Hartmann<sup>178</sup>. Si, como se dijo antes, la inclusión de contenidos sustanciales en la constitución respondía a la necesidad de establecer un derecho “más alto” que sentara las bases para ordenar la vida estatal y social y a la vez sirviese como elemento generador de unidad, resultaba coherente entender la constitución, en particular sus contenidos iusfundamentales y las “decisiones básicas” que determinan la forma de estado y de gobierno, como la expresión de un orden axiológico que habría de impregnar todas las parcelas del sistema jurídico y todas las relaciones sociales<sup>179</sup>; de un orden que, por otra parte, y a fin de evitar su disolución relativista, era susceptible de fundamentación objetiva con arreglo a una visión ontologista de los valores.

Tal concepción encontrará anclaje jurídico positivo en cláusulas como el artículo 1.2 de la Ley Fundamental de Bonn - “*El pueblo alemán reconoce [...] los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de la comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo*” - o el artículo 10 de la constitución española - “*La dignidad de la persona, los derechos humanos que le son inherentes [...] son fundamento del orden político y de la paz social*” - y, en general, en aquellos preceptos constitucionales orientados a garantizar la primacía de los derechos fundamentales<sup>180</sup>. Estos serán objeto de un amplio

<sup>178</sup> Sobre los presupuestos teóricos de esta concepción vid. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 2001, págs. 138 – 141, 298 – 299. Para una exposición y crítica de la teoría axiológica de los derechos fundamentales vid. Ernst Wolfgang Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” (1974), en *Escritos sobre derechos fundamentales*, citado, págs. 44 – 71, aquí págs. 57 – 60. Sobre la influencia de la ética material de los valores en la fundamentación de los contenidos valorativos de la constitución puede verse, entre otros, Ernst Wolfgang Böckenförde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, citado, pág. 105; Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 136 – 137; Luciano Parejo Alfonso, *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 46 – 49; Arthur Kaufman, *Filosofía del Derecho* (1997), trad. L. Villar Borda y A.M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, págs. 83 – 85.

<sup>179</sup> Señala Manuel Aragón que “*aunque a veces la definición como “orden de valores” alcance en la jurisprudencia constitucional alemana a toda la Grundgesetz, lo más corriente es que se circunscriba, en esa jurisprudencia, el “orden de valores” a los derechos fundamentales o, todo lo más, a éstos y a las “decisiones básicas” conformadoras de la forma de estado*”. Vid. “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”, citado, pág. 51; en el mismo sentido Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 280.

<sup>180</sup> Sobre la relación entre las disposiciones constitucionales que establecen la primacía de los derechos fundamentales y el desarrollo de una jurisprudencia de valores por parte del Tribunal Constitucional español vid. Enrique Alonso García, *La*

desarrollo jurisprudencial, especialmente durante los primeros años de vida de los Tribunales Constitucionales, destacándose la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el célebre caso Lüth<sup>181</sup>, considerada como uno de los hitos fundacionales en la concepción de la constitución como un orden material de valores. En ella se afirma que:

*“...la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del Derecho, como decisión constitucional fundamental: la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso”<sup>182</sup>.*

También el Tribunal Constitucional español parece asumir esta noción cuando expresa que “la Constitución es una norma [...] pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico” (STC 9/1981, de 31 de marzo) o cuando afirma de manera contundente que “la Constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico” (STC 112/1989, de 19 de junio).

Sin embargo, tal concepción no puede considerarse patrimonio exclusivo del constitucionalismo europeo<sup>183</sup>. Ella guarda algunas semejanzas, no tanto en sus premisas teóricas como en sus consecuencias prácticas, con doctrinas surgidas en el contexto angloamericano, tales como la *preferred position* de las libertades fundamentales, la *substantive equal protection* y el *substantive due process* elaboradas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>184</sup> y las teorías sustantivas de la constitución sostenidas por autores como Laurence Tribe, Michael J. Perry, Harry H. Wellington o Ronald Dworkin<sup>185</sup>.

---

*interpretación de la constitución*, citado, págs. 278 – 279, 350 -411.

<sup>181</sup> BverfGE 7, 198 del 15 de enero de 1958. En esta decisión el Tribunal Constitucional resuelve un conflicto originado en la campaña de boicot que el señor H. Lüth, director de una agencia de prensa, promovió en contra de una película dirigida por V. Harlan, sospechoso de complicidad con el nazismo. La productora de la película acudió a la jurisdicción civil para solicitar el cese del boicot y exigir a su promotor la indemnización correspondiente a los perjuicios causados, logrando un resultado favorable en ambas instancias, por lo cual el señor H. Lüth recurre ante la jurisdicción constitucional alegando la violación de su derecho fundamental a la libertad de expresión, obteniendo finalmente un pronunciamiento favorable por parte del Tribunal Constitucional.

<sup>182</sup> Vid. Ernst Wolfgang Böckenförde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, citado, pág. 106. Sobre las repercusiones de este fallo para la teoría de los derechos fundamentales véase, además del anterior, Hans Peter Schneider, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático” (1979), en *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 119 – 149, aquí págs. 139 – 140; Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 305 - 308.

<sup>183</sup> Aunque, como indica Enrique Alonso García, esta concepción tiene un origen eminentemente jurisprudencial, también ha sido defendida en la doctrina alemana por autores como Günther Dürig, Alexander Hollerbach, Hans-Carl Nipperdey, Reinhold Zippelius, Hermann Weinkauff, Otto Bachof, Willi Geiger, entre otros. Al respecto vid. Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, citado, págs. 278, 315 (nota 204); Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citado, pág. 299; Manuel Aragón Reyes, “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”, citado, pág. 50; para una exposición de la teoría de Günther Dürig, vid. José Antonio Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, págs. 96 – 103; Otto Bachof, *Jueces y Constitución* (1959), trad. R. Bércovitz Rodríguez – Cano, Madrid, Taurus, 1963, págs. 27 – 33.

<sup>184</sup> Sobre la contribución de estas categorías al desarrollo de la jurisprudencia de valores en el constitucionalismo estadounidense

El entendimiento de la constitución como un “orden de valores” tiende a acentuar el grado de constitucionalización del ordenamiento y, por tanto, a inscribirse en la lógica del “constitucionalismo fuerte”. Ciertamente puede asociarse a tal concepción: a) un refuerzo de la pretensión normativa y de la vocación dirigente de la constitución: ésta no sólo “no quiere ser un orden neutral de valores” - para decirlo en los términos del fallo Lüth - sino que además pretende hacerlos valer aún en detrimento de la libertad política del legislador; b) el desarrollo de la dimensión “objetiva” de los derechos fundamentales, paralela a su vertiente subjetiva, según la cual estos se desvinculan de la relación inmediata entre estado y ciudadano para expandir su vigencia a todos los ámbitos de la vida social y del ordenamiento jurídico<sup>186</sup>; c) la tendencia a concebir el universo valorativo expresado en la constitución como un sistema axiológico coherente, susceptible de interpretación sistemática y en el que resulta posible establecer jerarquías entre sus preceptos materiales e incluso hablar de “normas constitucionales inconstitucionales”<sup>187</sup>; d) el tratamiento de la constitución, y específicamente de los derechos fundamentales, como material normativo directamente aplicable por cualquier operador jurídico para la resolución jurídica de todo tipo de controversias; e) la consideración de la ley como ejecución o aplicación de las directivas constitucionales, lo que, por consiguiente, autoriza una amplia ingerencia del órgano que controla su constitucionalidad para establecer si aquella cumple con la finalidad constitucionalmente predeterminada<sup>188</sup>; f) la afirmación de los derechos fundamentales como límites

---

véase Harry H. Wellington, “Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication”, *The Yale Law Journal*, vol. 83: 209, 1973, págs. 221 – 311, aquí págs. 272 y ss; Michael J. Perry, *The Constitution in the Courts. ¿Law or politics?*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1994, págs. 136 – 191; Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, citado, capítulo IX, en especial págs. 280 – 286; Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, citado, págs. 461 – 491; del mismo autor, *La constitución como orden abierto*, citado, págs. 147 – 149; Christopher Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, citado, págs. 183 – 196, 201 – 226, 339 – 351; Javier Dorado Porras, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 28 – 37.

<sup>185</sup> Vid. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, citado, págs. 18 – 24; Michael J. Perry, *The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of Constitutional Policy-making by the Judiciary*, New Haven – London, Yale University Press, 1982, págs. 61 - 90; Harry H. Wellington, *Interpreting the Constitution: the Supreme Court and the process of adjudication*, New Haven – London, Yale University Press, 1990; Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (1977), 1a. ed., 4a. reimp., trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999; del mismo autor, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford – New York, Oxford University Press, 1996. Para una síntesis del pensamiento constitucional de estos autores vid. Juan Carlos Bayón, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, *Revista de las Cortes Generales*, 4, 1985, págs. 137 – 153; Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, citado, págs. 316 – 328; Francisco Javier Díaz Revorio, *La constitución como orden abierto*, citado, págs. 158 – 181; Javier Dorado Porras, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, citado, págs. 75 – 100.

<sup>186</sup> Sobre el nexo entre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la concepción de la constitución a la que se alude vid. Ernst Wolfgang Böckenförde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, citado, págs. 104 – 131.

<sup>187</sup> Tesis defendida por Otto Bachof, uno de los más entusiastas defensores de la constitución como “orden de valores”, en *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* (1951), citado por Alejandro Nieto, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, págs. 371 – 415, aquí pág. 408.

<sup>188</sup> Gomes Canotilho distingue tres esquemas teóricos de relación entre ley y constitución: a) la ley como *ejecución* de la constitución, según el cual dicha relación es similar a la que existe entre ley y acto administrativo, disponiendo entonces el legislador de un espacio de discrecionalidad mínimo; b) la ley como *aplicación* de la constitución, concebida ésta última como un impulso material primario para la actividad legislativa pero cuya indeterminación confiere, no obstante, un amplio espacio de discrecionalidad al legislador; c) la ley como *conformación* de la constitución, desde la cual el legislador desarrolla una actividad política creadora, al disponer de una amplia libertad para tomar decisiones en el marco de lo constitucionalmente permitido. Aplicando esta clasificación al tema que nos ocupa, puede decirse que los dos primeros resultan afines a la concepción de la constitución como “orden objetivo de valores”, mientras que el tercero claramente corresponde a la idea de la constitución como “marco”. Vid. José

materiales a la reforma constitucional, postura que implica afianzar la rigidez de la constitución<sup>189</sup>; g) un amplio protagonismo de la jurisdicción por cuanto los Tribunales se convierten en los órganos de cierre del sistema, en los “señores del derecho” según la conocida fórmula de Zagrebelsky<sup>190</sup>, de un derecho donde toda cuestión deviene justiciable a la luz de la constitución y se otorga a los jueces la última palabra para determinar su significado.

#### 4.4.2 La constitución como “ordenamiento marco” o “sistema abierto”

Opuesta a la concepción anterior, en las últimas décadas ha cobrado fuerza el entendimiento de la constitución como un “marco” o un “orden abierto”<sup>191</sup>, esto es, como una norma cuyos contenidos sustanciales no expresan un sistema axiológico coherente y cerrado sino, por el contrario, el pluralismo ideológico presente en las sociedades contemporáneas. Desde tal perspectiva la constitución es vista como un marco en cuyo interior coexisten diversos “mundos constitucionalmente posibles” – según la sugestiva expresión de José Juan Moreso<sup>192</sup> - cuya actualización corresponde a los órganos políticos.

Puesta en relación con las dos lógicas contrapuestas que compiten al interior del constitucionalismo, la de los “derechos” y la de la “democracia”, esta segunda concepción parece situarse más cerca de esta última. Sin embargo, entre quienes acogen la visión de la constitución como un “marco” o una “norma abierta”, cabe a su vez, distinguir al menos entre dos posiciones que propongo denominar (i) la “constitución procedimental” y (ii) la “constitución dúctil”.

- (i) La lectura procedimental de la constitución, según la versión propuesta por su más conocido exponente, John Hart Ely, se hallaría en el extremo opuesto a la idea de la constitución como “orden de valores”. En efecto, sostiene este autor que la clave para comprender el significado de la constitución es el sistema de democracia representativa, a partir del cual deben ser interpretadas todas sus disposiciones. Sobre esta premisa, Ely desarrolla una peculiar lectura de la norma fundamental estadounidense dirigida a demostrar que ésta “no intenta establecer alguna ideología dominante [...] sino más bien asegurar una estructura durable para la resolución continua de los conflictos políticos”<sup>193</sup>, dado que la mayor parte de sus preceptos se ocupan de establecer órganos y procedimientos de decisión, y aquellos relativos a derechos

---

Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, citado, págs. 216 – 218.

<sup>189</sup> Para un examen crítico de esta doctrina, vid. Francisco Javier Díaz Revorio, *La constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, págs. 17 – 58.

<sup>190</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil...*, citado, pág. 50.

<sup>191</sup> La expresión “constitución abierta” es empleada en diversos sentidos. Aquí será utilizada para designar a las constituciones que permiten la defensa de opciones políticas de diverso signo siempre que se realicen por los cauces que ella misma prevé o no proscribire; en este sentido la emplean autores como Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 14 o Francisco Javier Díaz Revorio, *La Constitución como orden abierto*, citado, pág. 3. Pablo Lucas Verdú emplea la misma expresión con otro significado, más próximo a la idea de “orden axiológico”, para referirse a las constituciones abiertas a contenidos provenientes de otros sistemas jurídicos, de otros órdenes normativos o de realidades extranormativas, vid. *La Constitución abierta y sus “enemigos”*, Madrid, Universidad Complutense – Ediciones Beramar, 1993, pág. 11. Peter Häberle la utiliza en el sentido de constitución “abierta” a la interpretación de todos los actores sociales, vid. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales...”, citado, págs. 16 – 46.

<sup>192</sup> José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, citado, págs. 167 – 171.

<sup>193</sup> John Hart Ely, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge – Massachusetts, Harvard U. P., 1980. Cito por la traducción al castellano de M. Holguín, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre – Universidad de los Andes, 1997, pág. 115.



tienen como fin preservar las condiciones necesarias para garantizar la igual participación en el proceso democrático y no, como suele entenderse, limitar las decisiones sustantivas que se adoptan a través del procedimiento democrático. En ese orden de ideas, si la constitución se ocupa de prescribir procesos legítimos, no resultados legítimos, la tarea del juez constitucional se asemeja a la de un árbitro encargado de velar porque el proceso político satisfaga aquellas condiciones de legitimidad, desde una perspectiva que el autor denomina “*representation – reinforcing approach*” opuesta a la “*fundamental – values approach*”<sup>194</sup>, que resultaría de concebir la constitución como un “orden de valores”<sup>195</sup>.

- (ii) Por su parte, la tesis de la constitución *dúctil* – propuesta por Gustavo Zagrebelsky – representa una posición intermedia respecto a las concepciones “axiológica” y “procedimental” antes examinadas. Así, se aparta de la primera en tanto rechaza considerar la constitución como expresión de una ideología o un proyecto predeterminado de vida en común, pero al mismo tiempo se distancia de la segunda por cuanto admite la presencia de contenidos sustantivos en la constitución. Lo que singulariza a estas cláusulas materiales es su plural contenido ideológico, la inclusión de valores tendencialmente contradictorios y de carácter no absoluto, cuya ductilidad permite hacerlos compatibles con los restantes valores con los que debe convivir, a la vez que impide establecer jerarquías abstractas y definitivas entre ellos<sup>196</sup>. Según puede apreciarse, esta concepción aparece ligada al pluralismo en un doble sentido<sup>197</sup>: como reconocimiento *fáctico* de la heterogeneidad propia de las sociedades actuales, de la cual se deriva el carácter igualmente plural de sus textos constitucionales y como *valoración* positiva de dicha pluralidad, expresada en una visión de la política y del derecho en términos inclusivos, lo que impide reconducirles a un único principio dominante que les confiera unidad a partir de la exclusión de lo diverso (según la lógica del *aut-aut*), para en su lugar procurar una “unidad dúctil” a partir de la integración de la diversidad<sup>198</sup>. Es precisamente la pluralidad de contenidos la que imprime a la constitución un carácter “abierto”, a la manera de un marco amplio en cuyo interior tiene lugar el desarrollo espontáneo de la vida social y la competencia por asumir las riendas de la política. En ese orden de ideas, será entonces la “política constitucional” y no la constitución misma la que determine “los resultados constitucionales histórico concretos”, en otras palabras, será la voz a través de la cual se expresa el significado concreto de la constitución<sup>199</sup>.

<sup>194</sup> *Ibid.*, pág. 129.

<sup>195</sup> Para una exposición y crítica de la teoría constitucional de Ely véase, entre otros, Laurence H. Tribe, “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, *The Yale Law Journal*, vol. 89: 1037, 1980, págs. 1063 - 1080; Christopher Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, citado, págs. 478 – 492; Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993, págs. 39 y ss; Stephen Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, citado, pág. 220; Juan Carlos Bayón, “El debate sobre la interpretación constitucional...”, citado, págs. 146 – 148; Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, citado, págs. 55 – 68; Francisco Javier Díaz Revorio, *La constitución como orden abierto*, citado, págs. 191 – 194; Javier Dorado Porras, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, citado, págs. 101 - 125.

<sup>196</sup> Vid. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, págs. 14, 124.

<sup>197</sup> Sobre los diversos significados del “pluralismo” y su relevancia constitucional vid. Vittorio Angiolini, “Il ‘pluralismo’ nella costituzione e la costituzione per il ‘pluralismo’”, en *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario di Macerata, 5 – 6 maggio 1994*, a cura de R. Bin e C. Pinelli, Torino, Giappichelli, 1996, págs. 3 – 16.

<sup>198</sup> Vid. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 17.

<sup>199</sup> *Ibid.*, pág. 14.

A pesar de sus diferencias, de las dos posiciones que he agrupado bajo la concepción de la constitución como “marco” u “orden abierto” se derivan consecuencias similares orientadas en la línea de un “constitucionalismo débil”, pues en ambas:

- a. Se debilita la pretensión normativa de la constitución: en la versión “procedimental” porque al excluir, o reducir al mínimo, la presencia de contenidos sustantivos en la constitución, se priva a ésta de uno de los ámbitos en los que se despliega su vocación normativa, cual es el condicionamiento de la validez material de las leyes. En el caso de la constitución “dúctil” porque al deja en manos de la “política constitucional” la determinación del significado concreto de sus disposiciones, parece desvirtuarse la pretensión normativa de la constitución de operar como límite jurídico a la política, al quedar envuelta en un razonamiento circular según el cual el objeto a limitar es el encargado de determinar y contenido y alcance de sus propios límites<sup>200</sup>.
- b. Se atenúa considerablemente la vocación dirigente de la constitución, pues la aspiración a modelar el orden social y estatal queda está virtualmente ausente en una lectura “procedimental” de la constitución o, a lo sumo, identificada con la *representation-reinforcing approach* de la que habla Ely; en el caso de la constitución “dúctil” porque no se asigna a ésta “la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común”, como correspondería de acuerdo a la genuina raíz del constitucionalismo dirigente, “sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma”<sup>201</sup>.
- c. Se reconoce al legislador una amplia libertad decisoria, al concebir la relación entre ley y constitución no ya en términos de ejecución o aplicación sino más bien de configuración y reconocerle a aquella un fundamento constitucional propio. “*En tanto que expresión de derechos democráticos*”, señala Zagrebelsky, “*a la ley debe reconocérsele un valor en sí misma, con independencia de sus contenidos y de sus vínculos de derivación a partir de los preceptos constitucionales*”, con lo cual “*la ley vale en línea de principio porque es ley, no por lo que disponga*”<sup>202</sup>.

No obstante, subsiste una importante diferencia entre las visiones “procedimental” y “dúctil” de la constitución que impide su encuadre común en un modelo de “constitucionalismo débil”. Tal diferencia radica en que mientras la primera excluye la presencia de contenidos sustanciales en la constitución, la segunda admite su existencia bajo la forma de principios. Estos últimos - según veremos en los epígrafes siguientes - favorecerán la “invasión” de la constitución sobre el resto del ordenamiento, afectarán de modo decisivo el momento de la adjudicación, las relaciones entre legislación y jurisdicción confiriendo, en definitiva, un amplio protagonismo a

---

<sup>200</sup> En este orden de ideas señala García Amado que, desde tal concepción dúctil, “*la Constitución se hace fluida, casi diríamos gaseosa. La Constitución se abandona a la política constitucional en vez de resaltar que el límite frente a las políticas posibles viene dado por los derechos cuya intangibilidad o mínima garantía se asegura, se hace hincapié en que cualquiera de esas políticas constitucionales es plasmación de la Constitución por ser realización o concreción posible de los principios y valores que presiden la Constitución. Difícilmente el intento por dotar de objetividad a la Constitución podrá desembocar en una mayor disolución de la misma*”. Juan Antonio García Amado, “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII - XIV, 1996 – 1997, págs. 65 - 85, aquí págs. 72 – 73.

<sup>201</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 13. Esta inadecuación entre el dirigismo constitucional y las exigencias de una sociedad plural es subrayada por Gomes Canotilho cuando afirma que en la actualidad “la ley dirigente cede su lugar al contrato”, vid. José Joaquim Gomes Canotilho, “Revisar la/o romper con la constitución dirigente”, citado, pág. 23.

<sup>202</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 151.

los jueces. De ahí que también en este aspecto el modelo de constitución de Zagrebelsky manifiesta su “ductilidad”, al situarse en un punto intermedio entre el “constitucionalismo fuerte” y “débil”<sup>203</sup>.

#### 4.5 PRINCIPIALIZACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO

Otra de las características de los sistemas jurídicos constitucionalizados es que sus contenidos valorativos, especialmente en sede constitucional, suelen ser expresados a través de un tipo específico de normas que, en sentido amplio, se denominan “principios”.

No es este el lugar para emprender un examen detallado de la ambigüedad que envuelve este concepto y de las discusiones surgidas en el seno de la teoría jurídica a propósito de la distinción entre principios y reglas<sup>204</sup>. Por el momento valga retomar la conocida clasificación de Alexy según la cual los *principios* son “mandatos de optimización”, esto es, normas que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, atendiendo a las circunstancias jurídicas y fácticas. Por su parte las *reglas* son normas que establecen la medida exacta de su satisfacción de modo que, cuando hay lugar a aplicarlas, debe hacerse lo que en ellas se ordena, ni más ni menos<sup>205</sup>. La interpretación de una norma como principio o como regla generalmente va asociada al grado de determinación de su contenido: los *principios* serían así las normas que prescriben que se realicen ciertos valores o fines sin determinar qué acciones en concreto son idóneas para tal propósito, mientras que las *reglas* serían normas que ordenan, prohíben o permiten acciones descritas con un grado relativamente alto de precisión<sup>206</sup>. No obstante, en la interpretación de una norma como regla o principio resulta decisivo el caso concreto al que deba aplicarse: en los llamados casos fáciles las normas se interpretan como reglas, mientras que en los casos difíciles un mismo enunciado normativo pasa a ser interpretado como principio<sup>207</sup>.

Ahora bien, mientras los contenidos orgánicos y procedimentales de la constitución – los relativos al *quién* y al *cómo* decidir – generalmente se expresan a través de normas que interpretamos como reglas, aquellos que versan sobre contenidos materiales –relativos al *qué* decidir o no decidir– suelen ser tratados como principios, debido a su alto grado de indeterminación y a su proclividad a entrar en colisión con otros contenidos constitucionales<sup>208</sup>. Esta última modalidad de regulación conlleva un alto grado de indeterminación pero a la

<sup>203</sup> Marina Gascón explica con acierto la indefinición presente en la concepción del “derecho dúctil” de Zagrebelsky, indicando que ella se origina en el diverso modo de resolver las tensiones producidas entre constitución y democracia, por un lado, y entre jurisdicción y legislación, por otro. Mientras la primera se resuelve reservando un espacio propio para la legislación y concibiendo la constitución como un “marco abierto” cuya determinación corresponde al parlamento, esto es, se decanta a favor del “legalismo” (o del “constitucionalismo débil” según la distinción que venimos empleando), la tensión entre legislación y jurisdicción, por el contrario, se resuelve en la línea del “constitucionalismo” (o “constitucionalismo fuerte”), convirtiendo a los jueces en los guardianes de la constitución y apostando decididamente por el control jurisdiccional de las leyes en el caso concreto. Vid. de la autora, “Presentación: la concepción del Derecho en ‘El Derecho dúctil’”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII – XIV, 1996 – 1997, págs. 17 – 38, aquí págs. 24 – 26.

<sup>204</sup> Para un tratamiento más detenido del tema, remito al segundo de los trabajos publicados en este volumen.

<sup>205</sup> Vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 86 y s.

<sup>206</sup> Vid. Juan Carlos Bayón, “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, *Jueces para la Democracia*, 27, 1996, págs. 41 – 49, aquí pág. 46.

<sup>207</sup> Vid. Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, págs. 588 y ss.

<sup>208</sup> No obstante, aunque es frecuente asociar las normas de principio con la regulación de contenidos sustantivos, también existen principios denominados “formales”, “procedimentales” o “institucionales”, que incorporan las exigencias derivadas de la dimensión

vez dota al lenguaje jurídico de una gran capacidad inclusiva, cualidad que reviste especial importancia en materia constitucional por las razones que paso a explicar:

En primer lugar, el recurso a los principios posibilita el logro de acuerdos constitucionales, lo que a su vez permite a la constitución cumplir la función integradora que se le asigna en un estado constitucional. En efecto, si en el contexto de sociedades heterogéneas es ya difícil arribar a un acuerdo sobre los valores y fines a perseguir, resulta aún más problemático lograr un consenso sobre la forma en que éstos serán realizados, esto es, sobre las conductas amparadas por un derecho o que contribuyen a realizar un determinado valor o fin constitucional. Las normas que interpretamos como principios facilitan entonces la tarea constituyente pues permiten expresar fines y valores compartidos trasladando a otro momento y a otros sujetos la definición de las conductas mediante las que habrán de ser satisfechos; desde tal perspectiva, los principios actuarían como “*cláusulas de compromiso dilatorio*” según la expresión de Carl Schmitt<sup>209</sup>. Al mismo tiempo, la abstracción que caracteriza a los principios tiene la virtud de permitir la incorporación al texto constitucional de valores que cuentan con diverso grado de respaldo entre los distintos sectores sociales, posibilitando “*un pacto común en el que cada parte puede reconocerse*”<sup>210</sup>; de este modo se logra, como señala Ferreres, “*mantener una constante correlación simbólica entre pluralismo político y pluralismo de valores constitucionales, correlación que contribuye a integrar políticamente a los ciudadanos de una democracia liberal*”<sup>211</sup>.

En segundo lugar, la interpretación de los contenidos materiales de la constitución como principios permite dar cabida a formas de realización “atípicas” o novedosas de los valores y de los derechos recogidos en la constitución, lo que en un modelo de reglas no sería posible por estar fijadas con detalle las modalidades concretas de satisfacción de aquellos valores y las modalidades “típicas” de ejercicio de los derechos<sup>212</sup>. Ello permite explicar por qué la jurisprudencia constitucional generalmente apela a principios con un alto grado de abstracción (dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, entre otros) para justificar la protección constitucional en supuestos que no encuentran fácil acomodo en otros derechos de contenido más específico<sup>213</sup>. Sin embargo, invirtiendo el argumento cabría admitir que, del mismo modo, la indeterminación de este tipo de normas también posibilita la reducción del contenido iusfundamentalmente protegido. Así por ejemplo, seguramente la sola enunciación de un genérico principio de protección de la vida no bastaría para cerrar la discusión sobre la admisibilidad de la pena de muerte. De ahí que en algunas ocasiones los enunciados sobre derechos sean formulados de modo que siempre sean interpretados como reglas (“no habrá pena de muerte”, art. 11 C.Col.), lo que ocurre cuando se quiere otorgar una protección reforzada a ciertos derechos o sustraer algunos supuestos específicos de la indeterminación y discrecionalidad que en mayor medida envuelve la aplicación de los principios.

---

institucional del derecho, los cuales pueden entrar en colisión con y, eventualmente, prevalecer sobre los principios sustantivos. Vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 100 y 133; Juan Carlos Bayón, “Principios y reglas...”, citado, pág. 48. En un reciente trabajo los profesores Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza han puesto de relieve la importancia de estos principios en el razonamiento jurídico, vid. “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, 24, 2001, págs. 123 y ss.

<sup>209</sup> Vid. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, citado, pág. 54.

<sup>210</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 115.

<sup>211</sup> Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, citado, pág. 136.

<sup>212</sup> *Ibid.*, pág. 117.

<sup>213</sup> Véase *Ibid.*, págs. 121 – 126, donde se ejemplifica este aserto mediante numerosas sentencias del Tribunal Constitucional español.

Finalmente, y como avanzamos en otro lugar<sup>214</sup>, la capacidad inclusiva de los principios contribuye a compensar la potencial ilegitimidad democrática de las constituciones rígidas, permitiendo una especie de división intergeneracional de la labor constituyente mediante la cual cada generación dota de contenido a los principios y resuelve las colisiones entre los mismos según las concepciones valorativas propias de su tiempo, lo que no sería posible si la constitución respondiera en su conjunto a un modelo de reglas. No obstante, el logro de tal finalidad supone que la traslación de poder discrecional por parte del emisor de la norma se realice en favor de un receptor dotado de legitimidad democrática, esto es, requiere que el llamado a cerrar el margen de apertura de dichas normas sea el legislador y no el juez. Pero, según veremos a continuación, el recurso a principios no funciona de este modo en los sistemas jurídicos constitucionalizados, pues en estos la concreción última de las normas de principio se traslada al momento de la adjudicación, con lo cual el poder discrecional que aquellos comportan se deposita en jueces carentes de legitimidad democrática directa. De este modo, la objeción antidemocrática no se cancela sino que se desliza a otro escenario.

Ahora bien, para entender por qué la presencia de principios en el sistema jurídico conduce a realzar el momento de la adjudicación y, por ende, la posición del juez, conviene repasar algunas ideas, bastante conocidas, acerca del diverso papel que desempeñan principios y reglas en el razonamiento jurídico:

Así, por un lado, las reglas determinan el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de forma más o menos precisa (dependiendo del grado de autonomía semántica que posean los términos empleados, es decir, del carácter estrictamente empírico y no valorativo de las propiedades connotadas por los mismos), suministrando así al intérprete la premisa mayor del razonamiento y permitiendo reconducir su aplicación a un esquema silogístico o subsuntivo<sup>215</sup>. Por otra parte, los conflictos entre este tipo de normas pueden dirimirse mediante los criterios clásicos de resolución de antinomias (cronológico, jerárquico, de especialidad), esto es, con la derogación, la invalidez o la excepción permanente de una de las reglas, respectivamente.

Por el contrario, los principios tan sólo suministran al intérprete una razón para decidir en determinado sentido, la cual, a su vez, puede entrar en colisión con las razones provenientes de principios contrarios; de ahí que tales normas no sean susceptibles de operar directamente como premisa mayor del razonamiento, cuya construcción difieren al órgano encargado de su aplicación.

Y es que las antinomias entre principios, particularmente las que involucran principios constitucionales, presentan un carácter peculiar que impide asimilarlos a los conflictos entre reglas. Así:

- (i) La mayor parte de los principios constitucionales no se muestran incompatibles en abstracto sino cuando concurren frente a un mismo caso concreto. Piénsese, por ejemplo, en el clásico binomio entre libertad de información y derecho a la intimidad, cuya fundamentación en abstracto resulta coherente pues ambos responden a una filosofía política liberal, pero que imponen soluciones dispares cuando en un supuesto concreto, amparado en la libertad de información, un medio de comunicación revela datos sobre la vida

---

<sup>214</sup> Vid. supra 4.2.

<sup>215</sup> Ello, por supuesto, vale solo como una representación aproximada del proceso de aplicación del derecho, más no como una fiel descripción del mismo, pues también en un modelo de reglas la adjudicación incorpora un alto margen de discrecionalidad, ya sea por la vaguedad natural del lenguaje, la presencia de términos valorativos, la fijación de los hechos que constituyen la premisa menor o la determinación precisa de la consecuencia jurídica. Vid. Luis Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, citado, capítulo 3, págs. 82 – 107.

privada de una persona, afectando de este modo su derecho a la intimidad. Este tipo de antinomias, denominadas *contingentes* o *en concreto*<sup>216</sup> o antinomias *externas* o propias del discurso de aplicación<sup>217</sup>, solo admiten ser resueltas de modo definitivo en el contexto de la adjudicación debido a que para ello es preciso atender a las circunstancias del caso concreto<sup>218</sup>.

- (ii) Los criterios clásicos para la resolución de antinomias devienen inoperantes frente a las colisiones entre principios constitucionales, pues al estar integrados en una misma fuente y descartada la posibilidad de establecer jerarquías entre los contenidos constitucionales<sup>219</sup>, no cabe acudir a los criterios cronológico y jerárquico. Por su parte, el recurso al argumento de especialidad se revela particularmente problemático en materia de principios, máxime porque para establecer una relación de especialidad entre dos normas se requiere que sus condiciones de aplicación aparezcan detalladas, lo que no suele ocurrir en este tipo de enunciados normativos<sup>220</sup>.
- (iii) Pero la inadecuación de los argumentos cronológico, jerárquico y de especialidad para resolver colisiones de principios no obedece sólo a las razones puramente “técnicas” señaladas en el párrafo anterior, sino, ante todo, a la necesidad de garantizar la coexistencia de los diversos contenidos constitucionales propios de sociedades igualmente heterogéneas. Tal exigencia impide que las colisiones entre principios se salden con la invalidez o la excepción permanente de uno de ellos, y en cambio reclama un método que permita resolver la antinomia sin sacrificar la validez de los principios enfrentados, lo que se logra mediante la ponderación. En este orden de ideas, señala Luis Prieto, “*la conservación íntegra de la Constitución exige ponderar porque solo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se quiere unida y consensuada en torno a la Constitución*”<sup>221</sup>.

Así pues, como resultado de estos factores - indeterminación de la premisa mayor, permanente posibilidad de colisiones y peculiaridad de las mismas – los principios dan lugar a un particular modelo de adjudicación en el que la ponderación desempeña un papel protagónico, pues mediante este método es posible fundamentar una “*jerarquía móvil*” o “*débil*” entre los principios enfrentados y zanjar la colisión sin sacrificar la validez de ninguna de las normas involucradas.

Por otra parte, la presencia de contenidos materiales en la constitución bajo la forma de principios conduce paralelamente a la principalización y a la constitucionalización del sistema jurídico en su conjunto. Lo primero

---

<sup>216</sup> Vid. Riccardo Guastini, *Distinguiendo...*, citado, pág. 167.

<sup>217</sup> Vid. Klaus Günther, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, trad. J. C. Velasco Arroyo, *Doxa*, 17 – 18, 1995, págs. 271 – 302, aquí pág. 281.

<sup>218</sup> Vid. Luis Prieto Sanchís, “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de la ponderación”, *Cuadernos de Derecho Público*, 11, 2000, págs. 11 – 30.

<sup>219</sup> Vid. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 124, quien aduce en contra de la existencia de una jerarquía entre principios su incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad y el peligro de que ella desemboque en una “tiranía de valores”. También valen al respecto los argumentos contra la idea de un orden jerárquico de valores expuestos por Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 152 – 157.

<sup>220</sup> Sobre las dificultades que plantea la aplicación del criterio de especialidad a las antinomias entre principios vid. Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, citado, págs. 212 – 215.

<sup>221</sup> Luis Prieto Sanchís, “Diez argumentos a propósito de los principios”, en *Ley, principios, derechos*, citado, págs. 47 – 68, aquí pág. 61.

porque la argumentación que involucra este tipo de normas tiende a colonizar todos los discursos de aplicación del derecho a través de la reformulación de cualquier conflicto entre normas en términos de una colisión de principios. Ello ocurre de modo paradigmático en aquellos casos en los que la aplicación de una regla contraviene algún principio, evento en el cual el conflicto se replantea como una colisión entre el principio que subyace a la regla y el que se enfrenta a ella. Incluso en aquellos casos “fáciles” que se resuelven mediante la aplicación de una regla, también intervienen los principios, esta vez en sentido negativo, pues su calificación como “fácil” depende de que no se encuentre ninguna razón de principio para dejar de aplicar la solución prevista en la regla<sup>222</sup>. De este modo, los principios devienen en el vehículo idóneo a través del cual la constitución invade todas las parcelas del derecho, ya que todo conflicto de legalidad ordinaria en cualquier ámbito del ordenamiento es susceptible de ser reformulado como un conflicto entre principios constitucionales y ser resuelto a través de la ponderación.

De lo expuesto hasta aquí se infiere que los principios incrementan la indeterminación del derecho y, en consecuencia, favorecen la discrecionalidad del órgano encargado de aplicarlos<sup>223</sup>. En efecto, por la vaguedad en su formulación, su carácter potencialmente conflictivo y la ausencia de una jerarquía preestablecida para resolver sus conflictos, los principios comportan una delegación de poder decisorio que recae finalmente en el juez, puesto que es a la luz del caso donde por lo general emergen las colisiones de principios y, por tanto, solo en el momento de la adjudicación es posible determinar su contenido definitivo, lo que “tienen que decir” en cada caso<sup>224</sup>. Pero al mismo tiempo los principios pueden ser vistos también como un límite a la discrecionalidad del intérprete, al suministrar las pautas valorativas que han de orientar la justificación de la decisión que, de no existir como principios, en todo caso serían creadas por los órganos de aplicación del derecho mediante operaciones puramente discrecionales y, por ello, no susceptibles de control racional<sup>225</sup>; en cambio, la institucionalización de principios reconduce tal poder de disposición al terreno de lo argumentable, donde tiene cabida un género de razonamiento que, si bien no conduce a una única respuesta correcta y deja un gran espacio a la libertad valorativa, sí traza los cauces por donde ha de orientarse la justificación de las decisiones. A esta doble función se refiere Luis Prieto cuando destaca la naturaleza

<sup>222</sup> Vid. Juan Carlos Bayón, “Principios y reglas...”, citado, págs. 47 – 48. En tal sentido Atienza y Ruiz Manero sostienen que “un caso es fácil, precisamente, cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate”. *Las piezas del derecho...*, citado, pág. 22.

<sup>223</sup> La relación entre principios y discrecionalidad es destacada particularmente por quienes sostienen una concepción realista y no cognoscitivista de la interpretación; así Paolo Comanducci, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, citado, págs. 102 – 104; Riccardo Guastini, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, *Jueces para la Democracia*, 34, 1999. Por el contrario, para quien asume una concepción holista del derecho y defiende la tesis de la única respuesta correcta, como es el caso de Dworkin, los principios vienen a colmar las insuficiencias de un derecho basado solo en reglas y, por tanto, a cerrar el paso a la discrecionalidad.

<sup>224</sup> Sobre la importancia del caso en la interpretación de los principios, vid. Gustavo Zagrebelsky, “La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución”, en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, A. López Pina, edit., Madrid, Tecnos, 1987, págs. 161 – 178, aquí págs. 163 – 167; del mismo autor, *El derecho dúctil...*, citado, págs. 136 – 139. En sentido crítico vid. Riccardo Guastini, “Derecho dúctil, derecho incierto”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII - XIV, 1996 – 1997, págs. 111 – 123, aquí págs. 122 – 123; Juan Antonio García Amado, “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez?...” , citado págs. 73 - 81.

<sup>225</sup> Al respecto señala Luigi Ferrajoli que si las opciones valorativas son insuprimibles “representa cuando menos una condición de su control y autocontrol, si no cognoscitivo, al menos político y moral, que aquellas sean conscientes, explícitas e informadas por principios, en vez de acrílicas o enmascaradas o en todo caso arbitrarias”. *Derecho y razón...*, citado, pág. 174.

“bifronte” de los principios<sup>226</sup> o, en otros términos, Comanducci al señalar que “*bajo condiciones reales, y no ideales, la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación ex post para sus decisiones, pero no parece disminuir, sino aumentar la indeterminación ex ante del derecho*”<sup>227</sup>.

## 4.6 JUDICIALISMO

Se ha visto cómo todas las características que exhiben los ordenamientos constitucionalizados apuntan a desplazar el centro de gravedad desde el momento de la creación legislativa hacia el de la adjudicación y, por consiguiente, a realzar el protagonismo judicial en detrimento de la primacía del legislador democrático. “*Más jueces que legislador*”<sup>228</sup> sería entonces el corolario del proceso de colonización constitucional que venimos describiendo, pues éste da lugar a fenómenos que favorecen tal predominio de los tribunales, entre los que se destacan: (a) el cambio en el esquema de vinculación del juez a la ley; (b) el incremento de la repercusión social de las intervenciones judiciales; (c) la renovada imagen de la jurisdicción (del mito del “legislador racional” al del “juez omnisciente”), y, finalmente, (d) la transformación del modelo de adjudicación.

(a) Concebida la constitución como norma jurídica suprema y dotada de contenidos sustanciales directamente vinculantes tanto para los poderes públicos como para el resto de los ciudadanos, aquella pasa a integrar el conjunto de piezas jurídicas que deben emplear los órganos de adjudicación al momento de “decir el derecho”, lo que obliga a reformular el sentido de la vinculación de los jueces “solo a la ley”. Esta última, bajo el esquema de organización del poder propio del estado legislativo de derecho, exigía del juez una asunción acrítica de los contenidos legales, al estarle vedado cuestionar la validez de las normas que aplicaba. De este modo, pervivía la secular restricción del quehacer judicial a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley y, con ello, la concepción de la jurisdicción como una actividad estructuralmente subordinada y lógicamente dependiente de la legislación<sup>229</sup>. Por el contrario, en los sistemas jurídicos constitucionalizados el examen tanto de la *validez* de las leyes como de su *adecuación* al caso tiende a estar presente en el momento de la decisión judicial<sup>230</sup>: el primero - incluso en los sistemas donde el Tribunal Constitucional detenta el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes - tiene lugar a través de mecanismos como la interpretación de la ley conforme a la constitución, que entraña un juicio de validez positivo, o, cuando el juicio es negativo, mediante la cuestión (art. 163 C. E.) o la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C. Col.); por su parte, el examen de adecuación discurre por la vía del juicio de proporcionalidad. Así pues, en los sistemas constitucionalizados el sometimiento del juez a la ley ha pasado a entenderse como vinculación a las leyes válidas y constitucionalmente adecuadas<sup>231</sup>.

<sup>226</sup> Vid. Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas...*, citado, págs. 136 – 137.

<sup>227</sup> Paolo Comanducci, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa*, 21-II, 1998, pág. 103.

<sup>228</sup> Según la fórmula de Luis Prieto, “Del mito a la decadencia de la ley...”, en *Ley, principios, derechos*, citado, pág. 35.

<sup>229</sup> Vid. Riccardo Guastini, *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli, 1995, pág. 11.

<sup>230</sup> Sobre la diferencia entre *juicios de validez*, relativos a la fundamentación o justificación en abstracto de una norma general, y *juicios de adecuación*, orientados a justificar la pertinencia de la aplicación de una norma general a un caso particular, vid. Klaus Günther, “Un concepto normativo de coherencia”, citado, págs. 279, 282 – 284.

<sup>231</sup> Sobre esto llama la atención Luigi Ferrajoli en “El Derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, 16, Madrid, 1993, pág. 66. En la misma dirección escribe Gustavo Zagrebelsky que, en los actuales estados constitucionales, “*las exigencias del caso cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida*”, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 134. También Salvatore Senese señala que “*la prohibición impuesta al magistrado de injerirse en el ejercicio*



Lo anterior ha modificado a su vez la relación funcional entre jurisdicción y legislación: en tanto la primera no puede definirse “sólo” como aplicación de la ley, sino como resolución de casos particulares fundada en un derecho que no se agota en ésta, se rompe con la subordinación y dependencia lógica que mantenía respecto a la legislación. Al mismo tiempo cambia la posición institucional de la judicatura en el entramado de los poderes del estado, concebida ahora, según lo expresa Ferrajoli, como “*poder tercero*, más que tercer poder...”<sup>232</sup>, como mediadora entre el estado y la sociedad, al decir de Zagrebelsky<sup>233</sup>; todo ello en la línea prefigurada por Hamilton en el *Federalista*, donde se afirma que “*los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites fijados a su autoridad*”<sup>234</sup>.

- (b) Al mismo tiempo, el estado constitucional propicia un incremento considerable de la repercusión social de las intervenciones judiciales (y acaso también un aumento cuantitativo de las mismas), derivado de la pretensión de subordinar al derecho todas las manifestaciones del poder que anima a este modelo de organización política. En efecto, la extensión del control judicial sobre ámbitos otrora inmunes al mismo, que en el orden interno de los estados se manifiesta paradigmáticamente en el control de constitucionalidad de las leyes, en la resolución judicial de conflictos entre órganos políticos, en la mayor intensidad del control judicial de la actividad administrativa, en el aumento de las garantías judiciales para la eficacia de los derechos constitucionales, incluyendo entre estos últimos el derecho a la tutela judicial efectiva, y que en el plano supraestatal se expresa con la instauración de jurisdicciones internacionales de derechos humanos o con la más reciente creación de un tribunal penal internacional. Tal cúmulo de instrumentos jurídicos alienta a su vez en la sociedad una demanda creciente de respuesta judicial ante todo tipo de conflictos; respuestas que a su vez adquieren una mayor presencia mediática y repercusión social debido a la dimensión pública de los intereses involucrados o de los sujetos sentados en el banquillo<sup>235</sup>; también por el halo de activismo que envuelve el quehacer de los jueces en aquellos contextos donde la constitución promete más de lo que la realidad concede y en los que la intervención judicial viene a suplir en muchas ocasiones la inexistencia o la ineficacia de políticas públicas en materia social<sup>236</sup>.
- (c) Lo anterior se ha visto acompañado por una renovada imagen de la jurisdicción, alimentada especialmente por la doctrina constitucional y por un amplio sector de la filosofía del derecho que han erigido al juez en el nuevo depositario de la racionalidad jurídica, colmando así el vacío que tiempo atrás

---

*del poder legislativo y de suspender la aplicación de las leyes [...] ha sido sustituida por el poder-deber del juez de provocar mediante una crítica motivada, y por tanto a través de una fuerte injerencia en el legislativo, una verificación de la ley misma*”. Vid. del autor, “Democracia, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial”, en *Corrupción y estado de derecho...*, citado, págs. 40 – 58, aquí pág. 53.

<sup>232</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, citado, págs. 580.

<sup>233</sup> Vid. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 149.

<sup>234</sup> Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *El Federalista* (1780), No. 78, trad. G. R. Velasco, 1ª. ed. 6ª. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pág. 332.

<sup>235</sup> Vid. Perfecto Andrés Ibáñez, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho?”, *Doxa*, 15 – 16, 1994, págs. 861 – 882, aquí págs. 877 – 878; del mismo autor, “*Tangentópolis* tiene traducción al castellano”, en *Corrupción y estado de derecho...*, citado, págs. 100 – 109.

<sup>236</sup> Para el caso colombiano, un interesante estudio sobre el impacto de la intervención judicial en materia de derechos sociales puede verse en Boaventura de Sousa Santos / Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001, en especial el capítulo IX, págs. 455 – 483.

había dejado la quiebra del paradigma de la codificación y del mito del legislador racional. En realidad no se trata de una novedad propia del neoconstitucionalismo pues, como señala Luis Prieto, el desplazamiento de la razón desde la creación hacia la aplicación del derecho se remonta al siglo XIX, cuando la transición del iusnaturalismo al positivismo lleva a concebir la creación del derecho como un puro acto de voluntad y su interpretación pasa a ser considerada como el último reducto de la racionalidad<sup>237</sup>.

Pero sin duda serán los sistemas jurídicos constitucionalizados los que sirvan como suelo propicio para desarrollar una imagen del derecho “orientada al caso”<sup>238</sup>, de cuya unidad y racionalidad el juez deviene garante<sup>239</sup>. Será en su seno donde, de la mano de Dworkin, surja una visión hercúlea del juez, “*dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas*”, capaz de hallar la respuesta correcta en cada caso y de preservar la integridad del derecho<sup>240</sup>; imagen que si bien no corresponde a una descripción fiel de la praxis de los tribunales, es considerada por muchos como un plausible ideal regulativo del quehacer judicial<sup>241</sup>. El mito del “legislador racional” es sustituido entonces por el del “juez omnisciente”.

- (d) Finalmente, toda esta exaltación del juez vendrá en apoyo de la importante transformación que experimentará el modelo de adjudicación en los sistemas jurídicos constitucionalizados, y que ya anticipamos al hablar de los principios<sup>242</sup>. En efecto, el estado de derecho había forjado un modelo *silogístico* o *subsuntivo* de adjudicación, según el cual la ley suministra la premisa mayor del razonamiento y a los jueces corresponde fijar unos determinados hechos como premisa menor para, mediante un razonamiento deductivo, aplicar a tales hechos la consecuencia jurídica expresada en la primera<sup>243</sup>. De este modo la jurisdicción se concibe como una actividad puramente *cognoscitivista* y no valorativa e igualmente la argumentación judicial permanece en el plano de la *justificación interna*, es decir, orientada a validar la decisión como una derivación lógica de sus premisas<sup>244</sup>. No obstante, tal

<sup>237</sup> Vid. Luis Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, citado, pág. 28.

<sup>238</sup> Josep Aguiló propone una contraposición entre dos visiones del derecho: como “orden jurídico” y como “derecho del caso”, adscribiendo a esta última las siguientes características: a) la unidad del derecho se construye desde las soluciones a los casos; b) su género rector es la moral; c) el juez se convierte en el protagonista central del derecho; d) el sentido del deber jurídico es la protección de ciertos bienes o valores morales; e) el derecho tiene naturaleza axiológica; f) un estándar es jurídico en tanto provee la solución correcta para el caso que se trata de resolver. *Teoría general de las fuentes del derecho...*, citado, págs. 194 – 197.

<sup>239</sup> Son los jueces, al decir de Zagrebelsky, “los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”, *El derecho dúctil...*, citado, pág. 153.

<sup>240</sup> Vid. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, págs. 177 y ss; del mismo *Law's Empire*, citado, 239 y ss. También Francoist Ost avanza en la construcción de un arquetipo de juez, esta vez bajo la figura de “Hermes”, vid. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, trad. I. Lifante, *Doxa*, 14, 1993, págs. 164 – 194.

<sup>241</sup> Vid. entre otros, Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 302; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, citado, págs. 281 y ss; Rodolfo Arango, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, 1999, págs. 106 y ss. En contra vid. Aulis Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, 8, 1990, trad. J. Aguiló Regla, págs. 23 – 38, quien propone sustituir la idea de “única respuesta correcta” por la de “aceptabilidad” como meta del razonamiento jurídico.

<sup>242</sup> Vid. supra 4.5.

<sup>243</sup> Así, según el célebre pasaje de Beccaria, el juez realiza “un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena”. *De los delitos y las penas* (1764), F. Tomás y Valiente, edit., Madrid, Aguilar, 1974, capítulo IV, pág. 76.

<sup>244</sup> La distinción entre justificación *interna* y *externa*, formulada por Wróblewski, ha sido ampliamente acogida en la teoría de la

esquema de adjudicación precisa de un derecho puramente reglado y conforme con las exigencias del principio de estricta legalidad, pues solo así resulta posible suministrar al juez de forma más o menos acabada la premisa mayor de su razonamiento<sup>245</sup>. Requiere, en suma, de un sistema jurídico modelado de acuerdo a los cánones del estado legislativo de derecho.

Pero en presencia de constituciones densamente pobladas de principios sustantivos que reclaman aplicación directa e invaden todos los confines del derecho, y, por otra parte, frente a la subrepticia delegación de poder decisorio en los jueces a través de leyes que no cumplen con los postulados de la estricta legalidad<sup>246</sup>, la adjudicación ya no puede ser reconducida al modelo subsuntivo. Ello debido a que al no venir establecidas las premisas normativas del razonamiento de un modo relativamente acabado, corresponde a los jueces adentrarse en su construcción y en su justificación externa. Así ocurre cuando los jueces determinan el sentido de expresiones legales que remiten a juicios de valor (“trato inhumano o degradante”, “diligencia del buen padre de familia”, etc.)<sup>247</sup>, cuando cuestionan la validez de las leyes que están llamados a aplicar o su adecuación a la luz de otros principios relevantes para decidir el caso o cuando, planteada una colisión entre principios, deben zanjarla construyendo y justificando la regla que servirá como premisa mayor para resolver el caso en cuestión y otros que en el futuro exhiban las mismas propiedades relevantes. Lo anterior no supone afirmar que la ley haya sido desplazada por la configuración judicial de las premisas, sino sólo que ésta ya no opera en el momento de la adjudicación como una razón definitiva sino solo como una razón llamada *prima facie* a gobernar el caso, en tanto no sea derrotada por otras razones en pugna, en cuyo caso viene a reemplazarla la regla de precedencia condicionada construida por el juez mediante la ponderación de los principios enfrentados.

De ahí que el modelo subsuntivo de adjudicación requiera ser complementado con un esquema de razonamiento dirigido a orientar la argumentación que debe estar presente en la construcción y justificación de las premisas normativas. Y es entonces cuando se abre paso el principio de proporcionalidad como un método encaminado a fundamentar una regla de decisión en aquellos “casos difíciles” en los que la construcción de la premisa mayor del razonamiento pasa por resolver un conflicto entre principios constitucionales.

La justificación de esta regla de decisión ha de acreditar que la solución en ella establecida resulta *adecuada* al fin que persigue, es además *necesaria* por no existir otra alternativa menos gravosa para el principio que resulta sacrificado y, finalmente, satisface la máxima de *proporcionalidad en sentido estricto*, según la cual “cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en colisión mayor ha de ser la importancia del

---

argumentación jurídica. El primer tipo de justificación se orienta a establecer si la decisión se deriva lógicamente de las premisas, mientras que la segunda tiene como objeto justificar la corrección de las premisas. vid. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (1985), trad. A. Azurza, revisión e introd. J. Igartua Salaverría, Madrid, Civitas, 1988, págs. 57 y ss.; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, págs. 214 y ss; Aulius Aarnio, *Lo racional como razonable*, citado, págs. 166 y ss; Manuel Atienza, *Las razones del derecho...*, citado, págs. 45 y s.

<sup>245</sup> Vid. Juan Carlos Bayón, “Principios y reglas...”, citado, pág. 46.

<sup>246</sup> Sobre este fenómeno vid., entre otros, Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, citado, págs. 95 y ss; del mismo autor, “Estado de derecho: entre pasado y futuro...”, citado, pág. 78; Luis Prieto Sanchís, “Del mito a la decadencia de la ley...”, citado, pág. 26; Miguel Ángel García Herrera, “Poder judicial y estado social: legalidad y resistencia constitucional”, en *Corrupción y estado de derecho...*, citado, págs. 59 – 84, aquí págs. 68 – 74.

<sup>247</sup> Vid. Marisa Iglesias Vila, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, 23, 2000, págs. 77 – 104.

cumplimiento de su contrario”<sup>248</sup>. Es claro que todo ello requiere del juez un género de argumentación abierto a valoraciones y a un amplio margen de discrecionalidad que le acercan más al esquema de racionalidad legislativa que al modelo cognoscitivista – deductivista de jurisdicción.

Sin embargo, no se trata de afirmar que la ponderación que tiene lugar a través de la aplicación del principio de proporcionalidad excluya la subsunción, sino más bien de subrayar que los sistemas jurídicos constitucionalizados reclaman un modelo de adjudicación más complejo en el que intervienen ambas formas de razonamiento: antes de ponderar es preciso subsumir el caso en el ámbito de aplicación de los principios que *prima facie* resultan relevantes, con el fin de trazar la “topografía del conflicto”<sup>249</sup>, y, una vez ponderados los principios en pugna y establecida la regla de precedencia condicionada, esta se convierte en la premisa mayor de un razonamiento subsuntivo con el que culmina el proceso de aplicación<sup>250</sup>.

Retomando la idea expuesta al comienzo de este epígrafe, el predominio de los tribunales que resulta de la constitucionalización del sistema jurídico, sumada a la imagen del juez omnisciente y racional alimentada por buena parte de la doctrina neoconstitucionalista, han llevado a afirmar que, en este punto, el neoconstitucionalismo supone un debilitamiento e incluso una anulación de la tradición escéptica y limitadora del poder, de la perspectiva del “*bad man*”, que ha servido como hilo conductor del constitucionalismo tradicional. Para ello se argumenta que el primero, al estimular un amplio uso de los principios y de la ponderación por parte de los jueces, alienta el ejercicio de un poder altamente discrecional en cabeza de los órganos de adjudicación, ajeno a todo control racional, e igualmente contribuye a socavar la certeza del derecho, presupuesto irrenunciable de toda limitación jurídica del poder<sup>251</sup>.

A lo anterior cabe afirmar que la respuesta a la cuestión de si hay espacio para la razón en un esquema de aplicación del derecho como el que favorece el neoconstitucionalismo depende de la concepción de la interpretación jurídica que se adopte. Una postura realista y escéptica llevará a afirmar que la ponderación de principios se resuelve en puro subjetivismo del intérprete; por el contrario, quienes ven en los principios los vehículos de una moral “correcta” que garantiza una única respuesta en cada caso, habrán resuelto el problema de antemano por la vía de negar cualquier margen de discrecionalidad en la aplicación del derecho. En el medio se sitúan quienes, admitiendo el poder discrecional con que cuentan los órganos de adjudicación, consideran que su ejercicio es susceptible de control racional. Es en esta última perspectiva, la más fecunda a mi modo de ver, donde tiene cabida una teoría de la argumentación orientada a establecer pautas de racionalidad para el ejercicio de la ponderación en sede judicial.

---

<sup>248</sup> Que corresponde a la “ley de la ponderación” formulada por Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pág. 161.

<sup>249</sup> Vid. Roberto Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pág. 62.

<sup>250</sup> Vid. Aulius Aarnio, *Lo racional como razonable*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 44; Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, citado, pág. 218; José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, págs. 150 – 152; José Juan Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, citado, pág. 121. Una excelente reconstrucción conceptual del papel que desempeña el principio de proporcionalidad en la fundamentación de las decisiones del Tribunal Constitucional la ofrece Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, capítulo 1, págs. 75 y ss.

<sup>251</sup> Susana Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, citado, pág. 136.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

\_\_\_\_\_. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, trad. J. Aguiló Regla, *Doxa*, 8, 1990.

Abellán, Ángel Manuel. “La problemática del Estado de Bienestar como fenómeno internacional”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, M. A. García Herrera (dir.), Bilbao, Universidad de País Vasco, 1997.

Aguiló Regla, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª. ed. en castellano, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

\_\_\_\_\_. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. M. Atienza, *Doxa*, 5, 1988.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho* (1992), trad. J. Malem, Barcelona, Gedisa, 1994.

Alonso García, Enrique. *La interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Andrés Ibáñez, Perfecto. “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho?”, *Doxa*, 15 – 16, 1994.

\_\_\_\_\_. “*Tangentópolis* tiene traducción al castellano”, en *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, P. Andrés Ibáñez (ed.), Madrid, Trotta, 1996.

Angiolini, Vittorio. “Il ‘pluralismo’ nella costituzione e la costituzione per il ‘pluralismo’”, en *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario di Macerata, 5 – 6 maggio 1994*, R. Bin y C. Pinelli (eds.), Torino, Giappichelli, 1996.

Aragón Reyes, Manuel. “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”, en *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

\_\_\_\_\_. *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

Arango, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, 1999.

Attard, Emilio. *El constitucionalismo español: 1808 – 1978*, Valencia, s. Ed., 1988.

Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

\_\_\_\_\_. *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

\_\_\_\_\_. “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, 24, 2001.

Bachof, Otto. *Jueces y Constitución* (1959), trad. R. Bércovitz Rodríguez – Cano, Madrid, Taurus, 1963.

Barbera, Augusto, “Le basi filosofiche del costituzionalismo”, en *Le Basi filosofiche del costituzionalismo*, A. Barbera (ed.), Bari, Laterza, 1997.

Barberis, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, trad. S. Sastre, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003.

Bayón, Juan Carlos. “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, *Revista de las Cortes Generales*, 4, 1985.

\_\_\_\_\_. “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, *Jueces para la Democracia*, 27, 1996.

\_\_\_\_\_. “Derechos, democracia y constitución”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003.

Beccaria, Cessare. *De los delitos y las penas* (1764), edición de F. Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1974.

Bernal, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Betegón, Jerónimo / Gascón, Marina / De Páramo, Juan Ramón / Prieto Sanchís, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw Hill, 1997.

Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Bin, Roberto. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

Blanco Valdés, Roberto Luis. *El valor de la constitución Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998.

Bobbio, Norberto. "Sul positivismo giuridico", en *Rivista di filosofia*, LII, 1961.

\_\_\_\_\_. "Jusnaturalismo y positivismo jurídico" (1965), en *El problema del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, 3ª. ed. mexicana, México, Fontamara, 1994.

\_\_\_\_\_. *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993.

Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. L. Requejo, Baden – Baden, Nomos, 1993.

\_\_\_\_\_. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. y pról. R. Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

Bouzat, Gabriel. "El control constitucional. Un estudio comparativo", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Bovero, Michelangelo. "La filosofía política di Ferrajoli", en *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, L. Gianformaggio (ed.), Torino, Giappichelli, 1993.

\_\_\_\_\_. "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Madrid, Trotta, 2001.

Bryce, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (1905), est. preliminar P. Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Calsamiglia, Albert. *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000.

Carmona Cuenca, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.

Clavero, Bartolomé. *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1994.

Comanducci, Paolo. "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *Doxa*, 21-II, 1998.

\_\_\_\_\_. "Modelos e interpretación de la Constitución", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), México, UNAM – Porrúa, 2000.

\_\_\_\_\_. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", trad. M. Carbonell, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003.

Contreras Peláez, Francisco José. *Defensa del Estado Social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918 – 1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

De Cabo, Antonio y Gerardo Pisarello (eds), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000.

De Cabo Martín, Carlos. *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, II, Barcelona, P.P.U., 1993.

\_\_\_\_\_. *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2001.

De Lora, Pablo. *La interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 1ª. ed., Barcelona, Ariel, 1987.

De Sousa Santos, Boaventura y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001.

De Vega, Pedro. “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), México, UNAM – Porrúa, 2000.

Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), 8ª. ed., 7ª. reimp., Madrid, Tauros, 1991.

\_\_\_\_\_. “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en *Estado, Justicia, Derechos*, E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), Madrid, Alianza, 2002.

Díaz Revorio, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *La constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

\_\_\_\_\_. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

Dogliani, Mario. “Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, M. A. García Herrera (dir.), Bilbao, Universidad de País Vasco, 1997.

Dorado Porras, Javier. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, 1997.

Dreier, Ralf. “Derecho y moral” (1981), en *Derecho y Filosofía* (1985), E. Garzón Valdés (comp.), 2ª. ed., Barcelona, Alfa, 1988.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), 1a. ed., 4a. reimp., trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999.



\_\_\_\_\_. *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986. Existe traducción al castellano de C. Ferrari bajo el título *El imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988 (2ª. ed. 1992).

\_\_\_\_\_. *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford – New York, Oxford University Press, 1996.

Ely, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge – Massachusetts, Harvard U. P., 1980. (Existe traducción al castellano de M. Holguín, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre – Universidad de los Andes, 1997).

Estévez Araujo, José Antonio. *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989.

\_\_\_\_\_. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

Fernández, Eusebio. *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987.

Fernández Segado, Francisco. "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.), Madrid, Dykinson – Ediciones Jurídicas Lima – Editorial Jurídica E. Esteva Uruguay – Editorial Jurídica Venezolana, 1997.

Ferrajoli, Luigi. "El Derecho como sistema de garantías", trad. P. Andrés Ibáñez, *Jueces para la Democracia*, 16, 1993.

\_\_\_\_\_. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (1989), 1ª. ed. en castellano, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. "El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad", en *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, P. Andrés Ibáñez (ed.), Madrid, Trotta, 1996.

\_\_\_\_\_. "Filosofía analítica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica", en *Scritti per Uberto Scarpelli*, L. Gianformaggio y M. Jori (edits), Milano, Giuffrè, 1997.

\_\_\_\_\_. "Derechos fundamentales", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

\_\_\_\_\_. "Estado de Derecho: entre pasado y futuro", en *Cuaderno del Seminario Público: Cambio de paradigma en la filosofía política*, Madrid, Fundación Juan March, 2001.

Ferreres, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

- \_\_\_\_\_. "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, 23, 2000. (Publicado además en *La relevancia del derecho. Ensayos de Filosofía jurídica, moral y política*, P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), Barcelona, Gedisa, 2002).
- Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (1995), trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (1999), trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.
- Flores Juberías, Carlos. *Las nuevas instituciones políticas de la Europa Oriental*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales – Edicions Alfons El Magnànim, 1997.
- Forsthoﬀ, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial : (el modelo de la República Federal de Alemania)*, trad. L. López Guerra y J. N. Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- \_\_\_\_\_. "Problemas constitucionales del Estado Social", en Wolfgang Abendroth / Ernst Forsthoﬀ / Karl Doehring, *El Estado Social*, trad. J. Puente Egido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- García Amado, Juan Antonio. "¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII - XIV, 1996 – 1997.
- García Cotarello, Juan. "Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional", *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, 3 – 4, 1988.
- García Cotarelo, Ramón. *Del Estado del bienestar al Estado del Malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- \_\_\_\_\_. "Origen y desarrollo del Estado de Bienestar", *Sistema*, 80 – 81, 1987.
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo* (1974), 3ª. ed., reimp., Madrid, Civitas, 1989.
- \_\_\_\_\_. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), 3ª. ed., 2ª. reimp., Madrid, Civitas, 1991.
- García Figueroa, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- \_\_\_\_\_. "Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría de la argumentación y teoría del derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, 5, Valparaíso (Chile), 2000.
- \_\_\_\_\_. "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003.

García Herrera, Miguel Ángel. "Rigidez constitucional y Estado social", en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998.

García Pelayo, Manuel. "Constitución y Derecho Constitucional. (Evolución y crisis de ambos conceptos)" (1948), en *Escritos Políticos y Sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

\_\_\_\_\_. *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (1977), 2ª. ed., 4ª. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1991.

\_\_\_\_\_. "Estado legal y Estado Constitucional de Derecho", en *Obras Completas*, III, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

\_\_\_\_\_. *Derecho Constitucional Comparado* (1984), Madrid, Alianza Editorial, 1999.

Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

Garzón Valdés, Ernesto. "Introducción", *Derecho y Filosofía* (1985), E. Garzón Valdés (comp.), 2ª. ed., Barcelona, Alfa, 1988.

\_\_\_\_\_. *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Gascón Abellán, Marina. "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 1994.

\_\_\_\_\_. "Presentación: la concepción del Derecho en 'El Derecho dúctil'", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII – XIV, 1996 – 1997.

Gomes Canotilho, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas* (1982), 2ª. ed., Coimbra, Editora Limitada, 2001.

\_\_\_\_\_. "¿Revisar la / o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43, 1995.

Guastini, Riccardo. *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli, 1995.

\_\_\_\_\_. "Derecho dúctil, derecho incierto", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII - XIV, 1996 – 1997.

\_\_\_\_\_. "La 'costituzionalizzazione' dell' ordinamento italiano", *Ragion Pratica*, 11, 1998.

\_\_\_\_\_. "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", *Jueces para la Democracia*, 34, 1999.

\_\_\_\_\_. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.

Günther, Klaus. "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", trad. J. C. Velasco Arroyo, *Doxa*, 17 – 18, 1995.

Habermas, Jürgen. "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", (1987), en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. e intr. M. Jiménez Redondo, Barcelona, Paidós, 1991.

\_\_\_\_\_. "Patriotismo de la Constitución en general y en particular", en *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, trad. e introd. M. Jiménez Redondo, Tecnos, 1991.

\_\_\_\_\_. *Facticidad y validez* (1992), introd. y trad. M. Jiménez Redondo (sobre la 4ª. ed. alemana), Madrid, Trotta, 1998.

Häberle, Peter. "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la constitución" (1975), en *Retos actuales del Estado Constitucional*, trad. X. Arzoz Santiesteban Oñati, IVAP, 1996.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. e introd. E. Mikunda Franco, Madrid, Tecnos, 2000.

Hamilton, Alexander, James Madison, John Jay, *El Federalista* (1780), No. 78, trad. G. R. Velasco, 1ª. ed. 6ª. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Hart, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho* (1961). trad. G. Carrió, 2ª. ed. en castellano, México, Editora Nacional, 1980.

\_\_\_\_\_. "El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo, *Sistema*, 36, 1980.

\_\_\_\_\_. "Postscript" (1994) a *The Concept of Law*, P. A. Bulloch y J. Raz, eds., 2ª. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997. (Existe traducción al español de M. Holguín, incluida en el volumen *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre – Universidad de Los Andes, 1997).

Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Hierro, Liborio. "El imperio de la ley y la crisis de la ley", *Doxa*, 19, 1996.

Hoerster, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1992.

Holmes, Stephen. "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en *Constitucionalismo y Democracia, Constitucionalismo y Democracia* (1988), J. Elster y R. Slagstad (eds.), trad. M. Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

Iglesias Vila, Marisa. "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, 23, 2000.

- Irti, Natalino. *La edad de la descodificación* (1979), trad. e introd. L. Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992.
- Jellinek, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), est. preliminar P. Lucas Verdú, trad. C. Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Jesch, Dietrich. *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad* (1960), trad. M. Heredero, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978.
- Kaufmman, Arthur. *Filosofía del Derecho* (1997), trad. L. Villar Borda y A.M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (1960), México, Editorial Porrúa – UNAM, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. M. Atienza, selección y presentación J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.
- Kriele, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático* (1975), trad. E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- Lacasta-Zabalza, José Ignacio. “Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español”, en Javier de Lucas y otros, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- Laporta, Francisco. “Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate”, *Doxa*, 6, 1989.
- \_\_\_\_\_. “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, en *Estado, justicia, derechos*, E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), Madrid, Alianza, 2002.
- Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* (1862), trad. W. Rocés, introd. E. Aja, Barcelona, Ariel, 2001.
- La Torre, Massimo. “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva Europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16, 1993.
- Llorca, Carmen. *Parlamentarismo y constitución en España*, Madrid, Ediciones Istmo, 1988.
- Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil* (1690), trad. A. Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1969.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución* (1969), trad. A. Gallego Anabitarte, 2ª. ed. española, 2ª. reimp., Barcelona, Ariel, 1982.
- Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1985.
- \_\_\_\_\_. *La lucha contra el positivismo en la época de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

\_\_\_\_\_. *La Constitución abierta y sus "enemigos"*, Madrid, Universidad Complutense – Ediciones Beramar, 1993.

MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

\_\_\_\_\_. *H.L.A. Hart*, Stanford – California, Stanford U. P., 1981.

Matteucci, Nicola. "Positivismo jurídico e costituzionalismo", *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedure Civile*, Vol. XVII, 3, 1963.

\_\_\_\_\_. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno* (1976), trad. F. J. Ansuátegui y M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1998.

McIlwain, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno* (1939), trad. J.J. Solozábal Echevarría, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Moreso, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. "In Defense of Inclusive Legal Positivism", en *The legal ought*, P. Chiassoni (ed.), Torino, Giappichelli, 2001. (Existe versión en castellano, "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), Barcelona, Gedisa, 2002).

Mortati, Constantino. *La Constitución en sentido material* (1940), est. preliminar y trad. A. Bergareche Gros, epílogo G. Zagrebelsky, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Nieto, Alejandro. "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983.

\_\_\_\_\_. *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

Nino, Carlos Santiago. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica* (1979), 2ª ed., México, Fontamara, 1995.

\_\_\_\_\_. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.

\_\_\_\_\_. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 1ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989.

\_\_\_\_\_. "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

\_\_\_\_\_. *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_. *La constitución de la democracia deliberativa* (1996), trad. R. P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1997.

Orozco Abad Iván y Juan Gabriel Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santafé de Bogotá, Temis – IEPRI – Universidad Nacional, 1999.

Ost, Francois. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, trad. I. Lifante, *Doxa*, 14, 1993.

Pace, Alessandro. “La natural rigidez de las constituciones escritas”, en *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Palmer Valero, Ramón. *Los problemas socioeconómicos en la Constitución de 1931*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Pardo Falcón, Javier. *El Consejo Constitucional francés*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Parejo Alfonso, Luciano. *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

Pérez Ayala, Andoni. “Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico comparativa”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, M. A. García Herrera (dir.), Bilbao, Universidad de País Vasco, 1997.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 2001.

\_\_\_\_\_. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

Perry, Michael J. *The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of Constitutional Policy-making by the Judiciary*, New Haven – London, Yale University Press, 1982.

\_\_\_\_\_. *The Constitution in the Courts. ¿Law or politics?*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1994.

Pintore, Anna. “Derechos insaciables”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Madrid, Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, *Doxa*, 23, 2000.

Pisarello, Gerardo. “El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, más democracia”, trabajo inédito.

Porras Nadales, Antonio J. *Introducción a una teoría del Estado Postsocial*, Barcelona, PPU, 1988.

Portinaro, Pier Paolo. “Il grande legislatore e il custode della costituzione”, en *Il futuro della Costituzione*, G. Zagrebelsky y otros (eds.), Torino, Einaudi, 1996.

Pozzolo, Susana. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

Prieto Sanchís, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.

\_\_\_\_\_. *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª. ed., México, Fontamara, 1999.

\_\_\_\_\_. "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de la ponderación", *Cuadernos de Derecho Público*, 11, 2000.

\_\_\_\_\_. "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), México, UNAM – Porrúa, 2000. (También en *Doxa*, 23, 2000).

\_\_\_\_\_. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *Derecho y Proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 2001.

\_\_\_\_\_. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

Radbruch, Gustav. "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes", en Gustav Radbruch/ Eberhard Schmidt / Hanz Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, introd., trad. y selec. J. M. Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971.

Raz, Joseph. *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, trad. y notas R. Tamayo Salmorán, 2a ed., México, Universidad Nacional Autónoma, 1985.

Redondo, Cristina. "El carácter práctico de los deberes jurídicos", *Doxa*, 21- II, 1998.

Rodríguez de Santiago, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, 1ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 1992.

\_\_\_\_\_. "La Constitución como fuente de derecho", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), México, UNAM – Porrúa, 2000.

Ruiz Miguel, Alfonso. "Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional", *Doxa*, 23, 2000.

Sartori, Giovanni. "Constitución", en *Elementos de Teoría Política* (1987), trad. M. Luz Morán, Madrid, Alianza, 1999.



- \_\_\_\_\_. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. M. A. Ruiz de Azúa, Madrid, Taurus, 2001.
- Sastre Ariza, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999.
- \_\_\_\_\_. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución (1927)*, trad. F. Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1992.
- \_\_\_\_\_. “La tiranía de los valores”, trad. A. Schmitt de Otero, *Revista de Estudios Políticos*, 115, 1961.
- Schneider, Hans-Peter. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático” (1979), en *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Sejersted, Francis. “La democracia y el imperio de la legalidad: algunas experiencias históricas de contradicciones en la lucha por el buen gobierno”, en *Constitucionalismo y Democracia (1988)*, J. Elster y R. Slagstad (eds.), trad. M. Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- Senese, Salvatore. “Democracia, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial”, en *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, P. Andrés Ibáñez (ed.), Madrid, Trotta, 1996.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. *Escritos y discursos de la revolución*, edición, trad. y notas de R. Máiz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- Smend, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional (1928)*, trad. J. M. Beneyto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Soper, Philip. *Una teoría del derecho (1984)*, trad. R. Caracciolo en colaboración con S. Vera, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Starck, Christian. *El concepto de ley en la constitución alemana (1970)*, trad. y pról. L. Legaz y Lacambra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana (1977)*, trad. J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Taruffo, Michele. “Ley y juez en el ‘rule of law’ inglés y en el constitucionalismo americano”, en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law (1978)*, 3ª. ed., vol. I, New York, Foundation Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, *The Yale Law Journal*, vol. 89: 1037, 1980.

Troper, Michel. "Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto", trad. P. Comanducci, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1988/1.

\_\_\_\_\_. *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. M. Venegas Grau, pról. G. Peces-Barba, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III, 2001.

Varela Suanzes, Joaquín. "Sobre la rigidez constitucional", en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Velasco Arroyo, Juan Carlos. "Los contextos del patriotismo constitucional", *Cuadernos de Alzate*, 24, 2001.

Waldron, Jeremy. "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993.

Wellington, Harry H. "Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication", *The Yale Law Journal*, vol. 83: 209, 1973.

\_\_\_\_\_. *Interpreting the Constitution: the Supreme Court and the process of adjudication*, New Haven – London, Yale University Press, 1990.

Wolfe, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional* (1986), trad. M. G. Rubio de Casas y S. Valcárcel, Madrid, Civitas, 1991.

Wróblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (1985), trad. A. Azurza, revisión e introd. J. Igartua Salaverría, Madrid, Civitas, 1988.

Zagrebelsky, Gustavo. "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución", en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, A. López Pina (ed.), Madrid, Tecnos, 1987.

\_\_\_\_\_. "Storia e costituzione", en *Il futuro della Costituzione*, G. Zagrebelsky y otros (ed.), Torino, Einaudi, 1996.

\_\_\_\_\_. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), trad. M. Gascón, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 1997.

Zapatero García, Virgilio. "Tres visiones sobre el Estado de Bienestar", *Sistema*, 80 – 81, 1987.



**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES  
COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN**



## LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN

La máxima de proporcionalidad bien puede definirse como un particular desarrollo de la teoría de la argumentación destinado a orientar la aplicación de los principios. Ella ocupa un lugar primordial en una teoría de los derechos fundamentales, concebidos como principios, que en la actualidad goza de importante aceptación en la doctrina y en la práctica de los Tribunales Constitucionales<sup>252</sup>. Sin duda el autor que ha prestado un mayor impulso a su desarrollo es Robert Alexy quien, en un escrito publicado a finales de los ochenta, ponía de relieve la necesidad de complementar la teoría de los principios con una teoría de la argumentación jurídica de mayor alcance<sup>253</sup>. Su obra posterior, dedicada a ofrecer un esquema de argumentación racional de aplicación de los principios basado en la máxima de proporcionalidad, constituye un importante esfuerzo teórico dirigido a colmar ese vacío.

En este trabajo pretendo examinar más de cerca la relación entre teoría de los principios y máxima de proporcionalidad a partir del análisis del concepto de mandato de optimización. Como punto de partida expondré la tesis de la vinculación necesaria entre principios y máxima de proporcionalidad tal y como ha sido formulada por Alexy. Posteriormente examinaré la caracterización de los principios como mandatos de optimización desarrollada por este autor para, a continuación, analizar algunas de las objeciones formuladas contra la idea alexiana de mandato de optimización y la réplica del profesor de Kiel a cada una de ellas. Seguidamente presentaré las razones que permiten sostener que el concepto de mandato de optimización en la teoría de Alexy cobra sentido si se entiende como una convención interpretativa, más que como una propiedad derivada ya sea de la estructura abierta de las normas o del carácter gradual de su aplicación. Finalmente, pondré de relieve la contradicción que emerge entre dos criterios de precedencia *prima facie* presentes en el planteamiento de Alexy: por un lado el que otorga prioridad a los derechos individuales sobre los bienes colectivos y, por otro, el que establece el carácter *prima facie* más fuerte de las determinaciones legislativas que asumen la forma de reglas respecto a los principios.

---

<sup>252</sup> Desarrollada principalmente por Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª. reimp.); Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden – Baden, Nomos, 1998; del mismo autor, “La restricción de los derechos fundamentales”, trad. R. Arango, *REDC*, 59, 2000, págs. 29 – 56; *La estructura de los Derechos Fundamentales*, trad. C. Bernal, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. En la doctrina española tal concepción es asumida por autores como Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 2001; del mismo, “La limitación de los Derechos Fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades*, 8, 2000, págs. 429 - 468; Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996. Para un amplio estudio sobre el tema remito al reciente trabajo de Carlos Bernal Pulido, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

<sup>253</sup> Vid. Robert Alexy, “Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica”, trad. M. Atienza, *Doxa*, 5, 1988, págs. 139 – 151, aquí págs. 147 y s.

## 1. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN CONCEPTUAL NECESARIA ENTRE PRINCIPIOS Y MÁXIMA DE PROPORCIONALIDAD

Una de las claves del planteamiento de Alexy es la tesis de la vinculación necesaria entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y el juicio de proporcionalidad: "El carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquella"<sup>254</sup>. Ello significa que la máxima de proporcionalidad, con sus tres máximas parciales – adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación – se infiere lógicamente del carácter de principio, pero a su vez que aquellos definen lo que debe entenderse por "optimización"<sup>255</sup>: así, los subprincipios de *adecuación* y *necesidad* se derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el de *proporcionalidad en sentido estricto* orienta la optimización con relación a las posibilidades jurídicas.

Para ver con mayor claridad esta implicación, examinemos cómo funciona la máxima de proporcionalidad cuando se trata de optimizar dos principios que entran en colisión como resultado de una intervención legislativa ( $M_1$ ) que, con el fin de proteger un derecho fundamental o un bien colectivo expresado en el principio  $P_1$  impone una restricción al derecho fundamental contenido en el principio  $P_2$ . A través del examen de *adecuación* se lleva a cabo una selección de los medios idóneos para satisfacer  $P_1$ , lo que constituye el primer paso necesario para establecer lo que ordena tal principio con relación a las posibilidades fácticas. El juicio de adecuación se orienta, por tanto, a determinar si, en el supuesto que se examina, en efecto  $M_1$  constituye un medio idóneo para satisfacer al principio  $P_1$ .

El segundo paso consiste en el examen de *necesidad*, donde se verifica que entre diversos medios igualmente idóneos ( $M_1 - M_2$ ) para satisfacer  $P_1$  sea escogido el que resulte más benigno con relación a  $P_2$ . Consideremos dos supuestos:

1. Si tanto  $M_1$  como  $M_2$  resultan igualmente idóneos con relación a  $P_1$  ( $P_1: M_1 = M_2$ ), pero  $M_2$  afecta menos intensamente que  $M_1$  al principio  $P_2$  o, dicho de otro modo,  $P_2$  puede ser realizado en mayor medida si se elige  $M_2$  y no  $M_1$  ( $P_2: M_1 < M_2$ ), entonces desde el punto de vista de la optimización de ambos principios con respecto a las posibilidades fácticas sólo  $M_2$  está permitido y  $M_1$  está prohibido.
2. Pero si, además de ser igualmente idóneos para satisfacer  $P_1$ , desde la perspectiva de  $P_2$ , tanto  $M_1$  como  $M_2$  resultaran ser igualmente restrictivos ( $P_2: M_1 = M_2$ ), entonces ambos medios estarían permitidos, lo que en este caso llevaría a considerar que la opción legislativa a favor de  $M_1$  representa una adecuada optimización de los principios en juego con relación a las posibilidades fácticas.

El criterio regulativo de la optimización respecto a las posibilidades fácticas responde al llamado *óptimo de Pareto*. Conforme a dicho criterio un estado de cosas se considera óptimo cuando existe un equilibrio más allá

<sup>254</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 111.

<sup>255</sup> Vid. Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", trad. C. Bernal Pulido, *REDC*, 66, 2002, págs. 13 – 64, aquí pág. 26.

del cual no es posible mejorar la posición de al menos un individuo sin que ello implique desmejorar la situación de algún otro<sup>256</sup>.

A su vez, el juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* expresa lo que significa la optimización en relación con las posibilidades jurídicas, es decir, respecto a los principios que juegan en sentido contrario. Aquí el criterio lo suministra la *ley de la ponderación*, según la cual: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>257</sup>. De él se sigue que la ponderación, aplicada a nuestro ejemplo, puede dividirse en tres pasos que consisten en: 1) definir el grado de la no satisfacción o afectación de P<sub>2</sub>; 2) definir la importancia de la satisfacción del principio contrario (P<sub>1</sub>); 3) definir si la importancia de la satisfacción de P<sub>1</sub> justifica la afectación o no satisfacción de P<sub>2</sub><sup>258</sup>. Los resultados de esta ponderación se expresan mediante una regla cuya estructura responde a la llamada *ley de la colisión* que establece lo siguiente: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”<sup>259</sup>.

En trabajos más recientes, Alexy ha desarrollado una formulación mucho más precisa de esa suerte de “teoría de la argumentación específica” en la que consiste el principio de proporcionalidad<sup>260</sup>. Sin embargo, a los efectos de este trabajo la formulación esquemática que acabo de presentar resulta suficiente para comprender la estrecha vinculación entre proporcionalidad y principios, que lleva al autor alemán a afirmar que “quien rechace la teoría de los principios (concebidos como mandatos de optimización) debe rechazar también el principio de proporcionalidad”, y a considerar, en consecuencia, que “la disputa sobre la teoría de los principios puede ser vista como un reflejo de la disputa sobre el principio de proporcionalidad”<sup>261</sup>.

Llegados a este punto es preciso examinar con mayor detenimiento el significado del concepto de mandato de optimización en la teoría de Alexy.

## 2. LOS PRINCIPIOS COMO “MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN”

A juicio del profesor de Kiel, la propiedad fundamental que distingue principios y reglas es que los primeros representan *mandatos de optimización*, es decir, son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”<sup>262</sup>, a diferencia de las

<sup>256</sup> Vid. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, citado, pág. 117, nota 88.

<sup>257</sup> De tal modo que puede afirmarse que “el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto...es idéntico a la ley de ponderación”. Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, citado, pág. 31.

<sup>258</sup> *Ibid.*, pág. 32.

<sup>259</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 94.

<sup>260</sup> Vid. Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, citado, págs. 13 – 64.

<sup>261</sup> Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, 2000, págs. 294 – 304, aquí pág. 297. (paréntesis fuera del texto original).

<sup>262</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 86. La elaboración inicial de esta idea puede verse en su trabajo “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie*, cuaderno 1, 1979, págs. 59-87, publicado posteriormente en la compilación *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, págs. 177 – 212 (en adelante cito por esta última).

reglas, que “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”<sup>263</sup>. Sobre el criterio de la optimización se asienta entonces la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas, una separación cualitativa y no gradual que lleva a Alexy a sostener que “toda norma es o bien una regla o un principio”<sup>264</sup>.

Se ha dicho con razón que la teoría de Alexy constituye una reelaboración teóricamente más profunda y consistente del planteamiento de Dworkin en torno a la distinción entre principios y reglas<sup>265</sup>. Conviene entonces repasar las ideas básicas de la construcción dworkiniana:

**TESIS 1. LA APLICABILIDAD DISYUNTIVA (TODO O NADA) DE LAS REGLAS:** Según este autor “las normas (reglas) son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma 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”<sup>266</sup>. Esta tesis va ligada a la afirmación de la posibilidad teórica de enumerar exhaustivamente las excepciones a las reglas y, con ello, de ofrecer una formulación completa de sus condiciones de aplicación que permita, cuando se verifican tales condiciones, aplicar sin más la consecuencia jurídica en ella prevista<sup>267</sup>. Por el contrario, los principios no serían susceptibles de aplicación disyuntiva, pues no en todos los casos en que se verifica su supuesto de hecho puede imputarse su consecuencia jurídica. De tal suerte que es posible que la aplicación de los principios esté sometida a excepciones no enumerables ni aún teóricamente.

**TESIS 2. DIMENSIÓN DE PESO DE LOS PRINCIPIOS:** Según Dworkin, los principios tienen una “dimensión de peso o importancia”, que está ausente en las reglas y explicaría el distinto comportamiento de unos y otros en casos de colisión<sup>268</sup>. Así, mientras los conflictos entre reglas se resuelven en el plano de la validez - “si se da un conflicto entre dos normas (reglas) una de ellas no puede ser válida”<sup>269</sup> - cuando dos principios se interfieren ha de considerarse “el peso relativo de cada uno” e inclinarse a favor del que tenga mayor peso en el caso a decidir.

**TESIS 3. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS EN SENTIDO ESTRICTO Y DIRECTRICES (POLICIES):** Los primeros contienen exigencias de la justicia, la equidad u otras dimensiones de la moralidad que operan como fundamento de derechos individuales, mientras que las directrices representan objetivos sociales a alcanzar<sup>270</sup>. Para Dworkin existe una prioridad incondicionada de los principios sobre las directrices, expresada en su conocida definición de los derechos como “triumfos” del individuo frente a la mayoría<sup>271</sup>.

---

<sup>263</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 87.

<sup>264</sup> *Ibid.*, pág. 87.

<sup>265</sup> Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pág. 159. Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pág. 185.

<sup>266</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999 (4ª. reimp.), pág. 76. (paréntesis fuera del original).

<sup>267</sup> “En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma (regla)”. *Ibid.*, pág. 75. La vinculación entre ambos planteamientos es puesta de relieve por Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, citado, pág. 188.

<sup>268</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, pág. 77.

<sup>269</sup> *Ibid.*, pág. 78.

<sup>270</sup> *Ibid.*, pág. 72, 147 y ss. (paréntesis fuera del original).

<sup>271</sup> *Ibid.*, pág. 37, 276 y ss; del mismo autor, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, pág. 223.



Ahora bien, Alexy se distancia de la idea de la aplicabilidad disyuntiva (tesis 1) como criterio decisivo para distinguir entre reglas y principios apelando a dos argumentos: en primer lugar, a que la interacción entre reglas y principios impide preservar el carácter todo o nada de aquellas normas. En efecto, si la introducción de una excepción a una regla puede llevarse a cabo sobre la base de un principio<sup>272</sup>, y si las excepciones a este último no constituyen un conjunto finito y cerrado, en tal caso queda excluida igualmente la posibilidad teórica de enumerar las excepciones a la regla y, con ello, su aplicabilidad disyuntiva<sup>273</sup>. En segundo lugar, aún si se quiere salvar la tesis de la aplicación todo o nada, esta no suministra un criterio relevante de diferenciación entre reglas y principios. Así, sería posible preservar la aplicabilidad todo o nada de una regla si, en lugar de intentar una enumeración exhaustiva de sus excepciones, se incorpora a su formulación una cláusula de reserva o de excepción (*Vorbehaltsklausel*) del tipo: “si no se ordena jurídicamente otra cosa en virtud de un principio”<sup>274</sup>. En tal caso es posible mantener la aplicabilidad todo o nada de la regla pues, si se verifican sus condiciones de aplicación y no existe un principio que ordene otra cosa, ha de aplicarse necesariamente su consecuencia jurídica. Sin embargo, de este modo “las reglas se principializan”<sup>275</sup>, pues determinar si la cláusula de reserva es o no satisfecha equivale a establecer si existe un principio que permita excepcionar la aplicación de la regla, con lo cual el tratamiento de una regla con cláusula de reserva no difiere en lo esencial del conferido a una regla (sin tal cláusula) cuya aplicación se excepciona en virtud de un principio<sup>276</sup>. Por otra parte, mediante la cláusula de reserva “los principios se regularizan”<sup>277</sup>, al devenir susceptibles de aplicación todo o nada, pues cuando en un caso concreto es aplicable un principio (P<sub>1</sub>) y no tiene prioridad otro principio (P<sub>2</sub>) que imponga una solución contraria, la decisión del caso ha de fundarse ineludiblemente en el principio (P<sub>1</sub>). En ese orden de ideas, concluye Alexy que “si se renuncia a una cláusula de reserva, ni reglas ni principios son una cuestión de todo o nada, pero si se emplea aquella, tanto reglas como principios son aplicables de este modo”, con lo cual el simple carácter todo o nada, que aparece como determinante en la concepción dworkiniana, no suministra un criterio de distinción concluyente entre ambas clases de normas.<sup>278</sup>

En cuanto a la tercera tesis de Dworkin, referida a la prioridad de los derechos del individuo (argumentos basados en principios) sobre los objetivos sociales (argumentos basados en directrices), Alexy propone reformularla ya no en términos de una prioridad absoluta o definitiva sino más bien de precedencia *prima facie* de los derechos individuales (entendidos por tales todos los derechos del individuo, y no sólo los derechos de libertad) sobre los bienes colectivos<sup>279</sup>, concebidos ambos como principios o mandatos de optimización. La

<sup>272</sup> Precisamente el caso *Riggs vs Palmer*, empleado por Dworkin para ejemplificar su teoría de los principios, constituye un ejemplo de excepción a una *regla* (la que establece las condiciones de validez de un testamento) en virtud de un *principio* (nadie puede beneficiarse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia). Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, pág. 73.

<sup>273</sup> Vid. Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, citado, pág. 190.

<sup>274</sup> “Und wenn nicht nach einem Prinzip etwas anderes rechtlich geboten ist”. *Ibid.*, pág. 190.

<sup>275</sup> Alfonso García Figuerola, *Principios y positivismo jurídico*, citado, pág. 178.

<sup>276</sup> Vid. Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, citado, pág. 191.

<sup>277</sup> Alfonso García Figuerola, *Principios y positivismo jurídico*, citado, pág. 179.

<sup>278</sup> Vid. Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, citado, pág. 192. En el mismo sentido ha escrito Juan Carlos Bayón que la introducción de una cláusula semejante acaba siendo un auténtico “caballo de Troya” que destruye la diferencia entre principios y reglas. Vid. *La normatividad del derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 361.

<sup>279</sup> Sobre esto último vid. Robert Alexy, “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del derecho*, trad. J.

precedencia general *prima facie* de los derechos se apoya en una fundamentación pragmático trascendental que apela a la necesidad de un orden normativo que tome al individuo en serio. En casos de colisión entre un derecho individual y un bien colectivo, dicha exigencia conduce a que, tanto si existe duda sobre si hay mejores razones para el derecho individual o para el bien colectivo, como si existe empate entre razones igualmente buenas para uno u otro, ha de optarse a favor del derecho individual. En suma, tal precedencia *prima facie* “se expresa en una carga de la argumentación a favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos”<sup>280</sup>.

A diferencia de las tesis anteriores, la idea de la “dimensión de peso” (tesis 2) ha sido acogida por Alexy como punto de partida de su caracterización de los principios como mandatos de optimización. La reformulación emprendida por el autor germano bien puede ser considerada como un intento de fundamentar con mayor solidez teórica las ideas que se esconden tras la metáfora dworkiniana de la “dimensión de peso” de los principios. Veamos.

Como ha señalado Alfonso García<sup>281</sup>, la concepción alexiana de los principios como mandatos de optimización comporta cuatro características fundamentales:

- **Graduabilidad:** Los principios ordenan que algo se realice “en la mayor medida posible”. Esto sugiere la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. Por el contrario, las reglas no admitirían gradación alguna en su cumplimiento, en tanto determinan una medida exacta de satisfacción<sup>282</sup>.
- **Optimización:** Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar “en la mayor medida posible”, implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino *el más alto posible* en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas. Por otra parte, si el grado de cumplimiento dependiese sólo de las posibilidades fácticas, los principios podrían ser definidos como “mandatos de maximización”, pero tal definición no abarcaría la relación con otros principios, constitutiva de esta categoría de normas, en virtud de la cual cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro, propiedad a la que sí alude el concepto de optimización<sup>283</sup>.
- **Deber ser ideal:** El mandato de optimización que incorporan los principios cobra sentido desde la perspectiva de un “deber ser ideal” (*ideales Sollen*) que marca el horizonte normativo al que debe tender su

---

M. Seña, 2ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 179 – 208.

<sup>280</sup> *Ibid.*, pág. 207.

<sup>281</sup> Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, citado, págs. 186 y s.

<sup>282</sup> Este comportamiento de las reglas, puntualiza Alexy, no depende de que la acción ordenada en la regla sólo pueda o no ser realizada, como sucede en el caso de la norma de tránsito que impone adelantar sólo por la izquierda, pues también las acciones que admiten ser realizadas en diferente grado pueden ser normadas a través de reglas, siempre que en ellas se ordene con carácter general un *determinado* grado de cumplimiento, ni más ni menos, como ocurre con las reglas sobre el comportamiento negligente o culposo, en las que según el caso se exige un determinado grado de atención. Vid. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 87, nota 25. Lo que el autor alemán no aclara es si, a su vez, aquellas conductas que por su naturaleza sólo admiten ser cumplidas o no (p. ej. respetar la vida ajena) pueden ser normadas mediante principios. Sobre esto volveremos luego (vid. infra. 5.1.)

<sup>283</sup> Vid. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 91 (nota 37).

aplicación. Así, en uno de sus primeros trabajos sobre el tema de los principios señala Alexy que en lugar de mandatos de optimización, podría hablarse también de “deber ser ideal” (*ideales Sollen*) entendido, en un sentido general y débil, como “todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible”<sup>284</sup>. Por el contrario las reglas, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un “deber ser definitivo o real”. Esta propiedad de los principios permitiría explicar el carácter *prima facie* de los mandatos que imponen al igual que su peculiar comportamiento en caso de colisión.

- **Carácter *prima facie*:** El mandato que incorporan los principios no es definitivo sino sólo *prima facie*<sup>285</sup>. Sólo alcanzan a ser mandatos definitivos una vez que, consideradas todas las circunstancias, se establece la medida ordenada de su satisfacción en cada caso, mediante la aplicación de la máxima de proporcionalidad. No obstante, la cualidad *prima facie* no es exclusiva de los principios, pues también las reglas pueden llegar a perder de su carácter definitivo y adoptar un carácter *prima facie*, si bien diferente al de los principios, pues el de aquellas tendría una mayor fuerza derivada, no sólo del principio sustancial que fundamenta la regla, sino del respaldo que les confiere el *principio formal* que ordena seguir las determinaciones normativas impuestas por una autoridad legítima<sup>286</sup>.

El examen de algunas críticas formuladas a esta concepción de los principios servirá para analizar con mayor detenimiento algunas de sus características<sup>287</sup>.

<sup>284</sup> Vid. Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, citado, pág. 204. El significado que propone Alexy se aproxima al sentido en que tal concepto es utilizado por autores como Moore, von Wright o Scheler. Sin embargo, ya en este trabajo nuestro autor advierte acerca de los problemas asociados al concepto de “deber ser ideal” (*ideales Sollen*), que en escritos posteriores prefiere utilizar con cautela “a causa de los malentendidos a los que puede dar lugar”, vid. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 133, nota 148. Con todo, en trabajos más recientes vuelve a emplearlo en la caracterización de los principios como un “deber ser ideal” que constituye el objeto de la ponderación. “On the Structure of Legal Principles”, citado, pág. 300. Sieckmann, en cambio, se inclina decididamente por considerar que es la cualidad de “deber ser ideal”, más que la de consistir en “mandatos de optimización”, la que realmente constituye la propiedad definitoria de los principios. Vid. Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pág. 75.

<sup>285</sup> El concepto de obligación *prima facie* es introducido por William David Ross para dar cuenta de los conflictos de deberes morales (*Lo correcto y lo bueno* (1930), trad. L. Rodríguez, Salamanca, Sígueme, 1994, págs. 43 y ss). Pese a ser criticado por su ambigüedad y confusión, en la actualidad sigue siendo ampliamente utilizado por los teóricos del derecho, aunque en un sentido no del todo coincidente con su formulación inicial y más bien cercano a la reformulación propuesta por John Searle (“Prima Facie Obligations”, en *Practical Reasoning*, J. Raz (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1978, págs. 81-90).

<sup>286</sup> Vid. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, págs. 98 y ss. El papel de los principios formales en el razonamiento jurídico es analizado con mayor detenimiento por este autor en su “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, citado, pág. 49 y ss. Para un estudio más amplio y detallado vid. Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

<sup>287</sup> Aquí sólo nos detendremos en dos de las objeciones formuladas contra el planteamiento de Alexy. Para el examen crítico de otras objeciones vid. Robert Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, B. Schilcher / P. Koller / B. C. Funk (Hg.), Wien, Verlag Österreich, 2000, págs. 31 – 52; “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, citado, págs. 14 y ss; Martin Borowski, “Prinzipien als Grundrechtsnormen”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 53, 1998, págs. 307 – 335.

### 3. DOS OBJECIONES CONTRA EL CONCEPTO DE “MANDATO DE OPTIMIZACIÓN”

#### 3.1 ¿MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN U OBJETOS DE UN MANDATO DE OPTIMIZACIÓN?

Una de las críticas dirigidas contra el planteamiento de Alexy pone de relieve la ambigüedad que presenta el propio concepto de *mandato de optimización* pues no queda claro si el principio es él mismo un mandato de optimización (de la validez o aplicabilidad de una norma) o más bien el objeto de un mandato de optimización<sup>288</sup>. Para ilustrar dicha ambigüedad Sieckmann señala cómo la norma que establece que la protección del derecho penal debe ser efectiva tanto como sea posible es susceptible de dos interpretaciones:

**N1:** “La protección del derecho penal debe ser efectiva”.

**N2:** “La protección del derecho penal debe ser efectiva en la medida en que sea fáctica y jurídicamente posible”.

En este ejemplo, N2 sería un *mandato de optimización*, mientras que N1 sería el *objeto de un mandato de optimización*<sup>289</sup>. Visto con detenimiento, la definición de los principios como mandatos de optimización envuelve una paradoja ya que, como ha señalado Aarnio, un mandato de optimización es en cualquier caso una regla:

*“Un mandato, de acuerdo con el concepto, es como una regla: o se sigue o no se sigue. De este modo, el mandato de optimización es también una regla que no puede ser aplicada ‘más o menos’. Se optimiza o no se optimiza. Por ejemplo, en caso de conflicto entre dos principios valorativos, los principios deben ser armonizados de manera óptima y sólo de esta manera.”*<sup>290</sup>

Alexy responde a esta crítica pero minimiza su alcance advirtiendo que en todo caso ella no obliga a abandonar la tesis de la optimización, sino más bien a introducir una distinción entre *mandatos a ser optimizados* (commands to be optimized) y *mandatos de optimización* (commands to optimize). Los primeros, puntualiza Alexy, “son los objetos que intervienen en la ponderación y pueden ser calificados como *deber ser ideal*. Un *deber ser ideal* es algo que ha de ser optimizado y, de este modo, transformado en un *deber ser real*. En tanto objetos de optimización, están situados en el nivel de los objetos (*object nivel*)”. Por el contrario, “los mandatos de optimización están situados en un meta nivel. Desde allí prescriben lo que ha de hacerse con aquello que se encuentra en el nivel de los objetos (*object nivel*). Ellos imponen la obligación de que su objeto, el mandato a ser optimizado (*command to be optimized*), sea realizado en la mayor medida posible. En tanto mandatos de optimización no han de ser optimizados, sino satisfechos con una optimización (*fulfilled by optimization*)”<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> Vid. Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle ...*, citado, págs. 63 y ss. Un acertado desarrollo de este argumento en Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, citado, págs. 187 y ss.

<sup>289</sup> Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, citado, pág. 64.

<sup>290</sup> Aulis Aarnio, “Las reglas en serio”, en *La normatividad del derecho*, A. Aarnio, E. Garzón Valdés, J. Uusitalo (comps.), trad. S. Urbina, Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 17 – 35, aquí pág. 27.

<sup>291</sup> Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, citado, pág. 300. Para una versión más amplia de este trabajo vid. “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, citado, págs. 38 y s.

Los principios, admite Alexy, “en tanto son materia de ponderación no consisten en mandatos de optimización sino más bien en mandatos a ser optimizados. Como tal, ellos comprenden un ‘deber ser ideal’ que todavía no ha sido relativizado según las posibilidades jurídicas y fácticas”<sup>292</sup>. Sin embargo, este autor encuentra problemático continuar refiriéndose a los principios como mandatos de optimización, por considerar que dicha expresión, además de estar más arraigada en el lenguaje de los juristas, expresa de manera más sencilla la naturaleza de los principios. Esto obedece a que “existe una conexión necesaria entre el “deber ser ideal”, esto es, el principio como tal, y el mandato de optimización como una regla. El “deber ser ideal” implica el mandato de optimización y viceversa”. De modo que, concluye el profesor de Kiel, “es aconsejable, por razones de simplicidad, designar los principios como mandatos de optimización y emplear distinciones más precisas sólo donde estas resulten necesarias”<sup>293</sup>.

No obstante, creo que la precisión introducida por Alexy con ocasión de esta crítica no resulta en modo alguno innecesaria, pues ayuda a clarificar el significado de un concepto cuya ambigüedad, por cierto, está en la base de la objeción que se examina a continuación.

## 3.2 NO TODOS LOS PRINCIPIOS SON MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han cuestionado que la cualidad de mandatos de optimización sea predicable de todos los principios, ya que sólo es adecuada para dar cuenta de una clase de principios, las llamadas *directrices* o normas programáticas, razón por la cual, a juicio de estos autores, la teoría de Alexy resulta “distorsionadora”<sup>294</sup>. Examinemos las razones en que se apoya dicha objeción:

### 3.2.1 LA DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS EN SENTIDO ESTRICTO Y DIRECTRICES

El núcleo de la teoría desarrollada por Atienza y Ruiz Manero consiste en la doble distinción que proponen entre *reglas* y *principios*, por un lado, y al interior de esta última categoría, entre *principios en sentido estricto* y *directrices o normas programáticas*<sup>295</sup>. A continuación me ocuparé de la segunda de estas diferencias.

Ella es contemplada por estos autores bajo tres enfoques, designados respectivamente como estructural, funcional (en el sentido de razones para la acción) y desde la perspectiva de los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad:

Desde un enfoque **estructural**, el punto de partida es la consideración de que todas las normas responden a una estructura condicional del tipo “Si A, entonces B”, donde A representa el antecedente o condición de aplicación, consistente en la descripción de un caso genérico, y B el consecuente o consecuencia jurídica, que expresa la calificación deóntica ya sea de una conducta o de un estado de cosas. Sobre esta base,

<sup>292</sup> Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, citado, pág. 300.

<sup>293</sup> *Ibid.*, pág. 301.

<sup>294</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pág. 11.

<sup>295</sup> *Ibid.*, págs. 6 y ss.

*principios en sentido estricto* y *directrices* se asemejan en que ambos formulan de modo abierto su condición de aplicación<sup>296</sup>, pero mientras los *principios en sentido estricto* presentan de manera cerrada el modelo de conducta prescrito (consecuente), las *directrices* lo configuran de manera abierta<sup>297</sup>. A juicio de Atienza y Ruiz Manero, tal diferencia estructural determina que los primeros, una vez comprobado que desplazan a otros principios en un balance de razones, exijan un cumplimiento pleno, mientras que las directrices prescriben el cumplimiento de un estado de cosas en la mayor medida posible<sup>298</sup>.

Para ilustrar su posición, los autores presentan la norma expresada en el artículo 14 C.E. como ejemplo de un principio en sentido estricto. Dicho enunciado establece la prohibición de discriminar a los españoles por motivos de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Ahora bien, esta norma no suministra mayor información sobre las condiciones en que procede su aplicación. No sucede igual, a juicio de los profesores de Alicante, con la descripción de la conducta prohibida: discriminar, cuya formulación cerrada permite exigir un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple, para el caso, o se discrimina o no se discrimina, pero no caben modalidades graduales de cumplimiento<sup>299</sup>.

Por su parte proponen como ejemplo de directriz el artículo 51.1. C.E, donde se establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. Al igual que en el principio de igualdad, también en este caso las condiciones de aplicación están configuradas de manera

<sup>296</sup> Acogiendo una sugerencia formulada por Josep Aguiló, en trabajos posteriores estos autores caracterizan los principios (tanto en sentido estricto como directrices) como *normas categóricas* en el sentido propuesto por von Wright, esto es, como normas cuya condición de aplicación no contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente. Vid. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Rules and Principles Revisited”, *Associations*, 4, 2000, págs. 147 – 156, aquí págs. 150 y s; *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, págs. 18 y s. Según la definición de von Wright, una norma es categórica “si su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición”. Georg Henrik von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970, pág. 91.

<sup>297</sup> Por su parte las *reglas*, según el enfoque estructural de Atienza y Ruiz Manero, se caracterizan por configurar de modo cerrado tanto el antecedente como el consecuente.

<sup>298</sup> Esta propiedad guarda relación con la proximidad que estos autores establecen entre la distinción entre *reglas de acción* y *reglas de fin* y la caracterización de los *principios en sentido estricto* y las *directrices*. Mientras las *reglas de acción* correlacionan deónticamente un determinado caso genérico con una solución normativa consistente en la calificación deóntica de una determinada conducta, las *reglas de fin* no califican deónticamente una cierta conducta sino la obtención de un estado de cosas (Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, citado, pág. 7). Esta diferencia resulta relevante cuando la disposición que prescribe como obligatoria la producción de un cierto estado de cosas, deja en manos de los destinatarios la selección de los medios causalmente idóneos para producirlo, permitiendo a aquellos un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción (pág. 8). Así pues, la proximidad entre las directrices y las reglas de fin (ambas prescriben *estados de cosas* y no acciones), sumado al hecho de que las primeras dejarían necesariamente en manos de los destinatarios la elección de los medios idóneos para cumplir con el fin prescrito (debido a la configuración abierta del consecuente), darían cuenta de la aplicabilidad gradual y optimizable de las directrices. No obstante, Moreso ha señalado acertadamente que, en definitiva, todas las normas pueden verse como normas de fin, en la medida en que también las normas que prescriben una acción (del tipo “presentarse mañana a la oficina”) admitirían diversas modalidades de cumplimiento (“se puede ir en tren, autobús, bicicleta o andando”). Vid. José Juan Moreso, “El encaje de las piezas del derecho (I)”, *Isonomía*, 14, 2001, págs. citado, págs. 135 – 157, aquí pág. 150 y s. Siendo así, nada obsta para que, desde esta perspectiva, también los principios en sentido estricto concedan al destinatario un margen para la elección de medios para cumplir la acción prescrita, lo que sin duda contribuye a debilitar su distinción respecto a las directrices.

<sup>299</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, citado, págs. 9 y s.

abierta, pues no queda claro en qué casos, bajo qué condiciones deben los poderes públicos proteger a los consumidores y usuarios. Sin embargo, a diferencia del ejemplo anterior, la norma del artículo 51.1. ni ordena ni prohíbe ninguna acción en particular, sino sólo la consecución de un cierto estado de cosas en el cual la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de consumidores y usuarios se encuentren protegidos: “cuáles sean las acciones (o los cursos de acción) causalmente idóneas para lograr este objetivo no se encuentra constitucionalmente determinado.”<sup>300</sup>

El enfoque **funcional**, o bajo la perspectiva de razones para la acción, permite concebir los *principios en sentido estricto* como razones de corrección fundadas en valores, de carácter último y que, por tanto, no admiten ser desplazadas por razones de otro tipo (utilitario) sino sólo por otras razones de corrección igualmente basadas en principios. Por su parte, las *directrices* generan razones para la acción de tipo utilitario, que bien pueden ser superadas ya sea por otras razones del mismo tipo o por razones de corrección fundadas en principios. Así pues, las razones de corrección resultan prioritarias respecto a las razones de utilidad o, dicho de otro modo, los principios en sentido estricto “pesan más” que las directrices.

La diferencia examinada, vista desde la perspectiva de las **relaciones de poder e intereses**, radica en que las *directrices* no delimitan *ex ante* la articulación de los intereses en conflicto ni de las finalidades relativamente incompatibles, esto es, “no determinan los espacios de poder de una vez por todas haciendo abstracción de los intereses realmente en presencia en cada caso..., sino que hacen depender dicha determinación de circunstancias variables y no determinadas *a priori*, esto es, no contenidas en las normas”<sup>301</sup>. Por su parte, los *principios en sentido estricto* incorporan valores que se consideran “razones categóricas frente a cualesquiera intereses”, que prevalecen frente a las directrices y juegan un papel predominantemente negativo: “los principios en sentido estricto no tratan de ordenar la concurrencia de intereses ni de promover unos u otros intereses sociales, sino de evitar que la persecución de cualesquiera intereses pueda dañar a dichos valores”. Ello no obsta para admitir que los ordenamientos liberal-democráticos incorporan una pluralidad de valores potencialmente conflictivos y cuya jerarquía interna no siempre se encuentra determinada, conflictos que han de resolverse mediante la ponderación a fin de establecer cual de los valores ha de prevalecer en cada caso<sup>302</sup>. Así pues, mientras con las directrices se busca ordenar la concurrencia de diversos intereses y objetivos sociales, con los principios en sentido estricto se busca establecer un marco que limite la persecución de dichos intereses<sup>303</sup>.

En trabajos posteriores, los profesores de Alicante han formulado importantes precisiones a su planteamiento. Por una parte, han vinculado la propiedad “todo o nada” de los principios en sentido estricto ya no sólo a una cualidad estructural (la configuración cerrada de su consecuente) sino también a su carácter de razones de corrección que incorporan valores “últimos”. Atribuir valor último a una acción o estado de cosas significa que no se toman en cuenta sus consecuencias, lo que, para el caso de los principios en sentido estricto, supone que “se puede determinar que una acción está justificada con independencia del proceso causal, esto es, sin considerar sus consecuencias”. En otras palabras, que respecto de ella se emplean “criterios de corrección

<sup>300</sup> *Ibid.*, págs. 10 y s.

<sup>301</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, citado, pág. 17.

<sup>302</sup> *Ibid.*, pág. 18.

<sup>303</sup> Ello comportaría un diverso modo de resolver las colisiones entre principios en sentido estricto y entre directrices. En el primer caso sólo sería posible una ponderación que culminara en el desplazamiento de uno de los principios, mientras que la colisión entre directrices admitiría soluciones intermedias basadas en el criterio de concordancia práctica. Al respecto vid. Mario Ruiz Sanz, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Madrid, Dykinson, 2002, pág. 120.

que implican una exigencia todo o nada, en el sentido de que el juicio de corrección no es graduable: una acción o una decisión es o no correcta<sup>304</sup>. Por el contrario, las directrices ordenan la consecución en el mayor grado posible de ciertos estados de cosas que constituyen objetivos colectivos valiosos, aunque no con carácter último. Aquí la relación entre acciones y estados de cosas no es analítica o conceptual, como en el caso de los principios en sentido estricto, sino causal. El criterio de justificación empleado con relación a las directrices ya no es el de “corrección” sino el de “eficiencia”, el cual si admite ser satisfecho en diversos grados<sup>305</sup>.

La segunda precisión de Atienza y Ruiz Manero supone en buena medida una rectificación de algunas de las tesis sostenidas en *Las piezas del Derecho*, dirigida a constatar que en el nivel de los principios, no existe sólo un razonamiento en términos sustantivos, pues también son relevantes ciertas exigencias, derivadas de la dimensión institucional del Derecho, que en ocasiones limitan el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar. Tal relevancia se aprecia cuando se trata de justificar instituciones jurídicas como los estados de excepción y de sitio, los cuales no plantean, sin más, un conflicto entre principios en sentido estricto, pues es evidente que la suspensión en el presente de ciertos derechos fundamentales al amparo de un estado de excepción o de sitio no guarda una relación *analítica* o *conceptual* (propia de los principios en sentido estricto) con la vigencia futura de tales derechos, sino a lo sumo una relación *causal* (propia de las directrices): “la suspensión, hoy, no es una *forma* de realización futura, sino un *medio*, necesario si se quiere en ciertas circunstancias, para asegurar la vigencia futura de esos derechos y libertades”<sup>306</sup>.

A fin de eludir la conclusión que parece imponerse en este caso - según la cual para justificar instituciones tales como los estados de excepción y de sitio sería preciso admitir la prevalencia de una directriz (garantizar la vigencia futura del orden jurídico en su conjunto) frente a principios en sentido estricto como los que ordenan respetar derechos fundamentales - y, al mismo tiempo, apuntalar la tesis de la prevalencia incondicionada de principios en sentido estricto sobre directrices, los profesores de Alicante proponen integrar en su esquema una nueva categoría de normas ignorada en sus trabajos anteriores: la de los *principios institucionales*. Estos acogerían las diversas exigencias derivadas del carácter institucional del derecho, necesarias para garantizar el funcionamiento adecuado de la “maquinaria” jurídica y, con ello, hacer posible que el derecho pueda cumplir con los fines y valores sustantivos que pretende realizar. Pero a la vez, sostienen estos autores, preservar esta dimensión institucional resulta importante pues con ella se imprime carácter regimentado al derecho, necesario para superar los déficits operativos del discurso moral<sup>307</sup>. De modo que, al lado de los tradicionales *principios sustantivos*, ha de admitirse la existencia de *principios institucionales*<sup>308</sup>, los cuales, en ocasiones, pueden llegar a derrotar a los primeros y, en definitiva, a matizar la prioridad incondicionada de los derechos fundamentales sobre otros objetivos sociales valiosos, aunque no

<sup>304</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos...*, citado, pág. 21.

<sup>305</sup> Desde el punto de vista de las directrices – sostienen estos autores – “una acción justificada es la que, respetando las otras normas del ordenamiento (y en especial los límites que se derivan de los principios en sentido estricto), es la más eficiente, esto es, facilita la obtención del estado de cosas ordenado con el menor sacrificio de los otros fines”. *Ibid.*, pág. 22.

<sup>306</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, 24, 2001, págs. 115 – 130, aquí pág. 122.

<sup>307</sup> *Ibid.*, págs. 129 y s.

<sup>308</sup> A su vez, al interior de los principios institucionales se reproduce la distinción entre principios en sentido estricto y directrices, con lo cual existirían cuatro categorías: (1) principios *sustantivos* en sentido estricto, (2) directrices *sustantivas*, (3) *principios institucionales* en sentido estricto (ejemplo de estos serían, entre otros, la separación de poderes o el principio de deferencia al legislador democrático), (4) directrices *institucionales* (referidas al funcionamiento eficaz del sistema jurídico). Con todo, esta clasificación no afectaría la tesis de la prevalencia de los principios sobre las directrices en caso de conflicto. *Ibid.*, pág. 126.



últimos, pues en qué otra cosa, sino en lo segundo, consiste el interés por preservar la vigencia y la eficiencia del sistema jurídico.

En definitiva, la distinción que Atienza y Ruiz Manero establecen entre principios en sentido estricto y directrices, por lo demás asumida con carácter exhaustivo y excluyente<sup>309</sup>, les permite sostener dos tesis contrarias al planteamiento de Alexy:

1. "(Q)ue los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto", con lo cual estos últimos no pueden ser concebidos como mandatos de optimización<sup>310</sup>.
2. Todo conflicto entre principios en sentido estricto (sean estos de carácter sustantivo o institucional) y directrices se resuelve, con carácter general, con el triunfo de los primeros.

Vistas así las cosas, la crítica formulada por los profesores de Alicante supondría un serio revés para la concepción alexiana de los principios como mandatos de optimización, pues pondría en entredicho la vinculación necesaria entre principios y máxima de proporcionalidad defendida por este autor como una de las tesis centrales de su teoría de los principios o, por lo menos, obligaría a circunscribir su alcance sólo a la aplicación de las directrices, lo que también socavaría los cimientos de su teoría de los derechos fundamentales. Así pues, es preciso establecer si en realidad el planteamiento del profesor de Kiel se ve afectado por la crítica de Atienza y Ruiz Manero.

### 3.2.2 LA RÉPLICA DE ALEXY

En el planteamiento de los profesores de Alicante es posible separar dos cuestiones: En primer lugar, la tesis que sostiene el *carácter todo o nada de los principios en sentido estricto* y que, por tanto, excluye su consideración como mandatos de optimización. Esta se apoya, básicamente, en la configuración cerrada de su consecuente y en la vinculación de tales principios con razones de corrección que implican una exigencia todo o nada ("una acción o una decisión es o no correcta"). En segundo lugar, la tesis que afirma la *prioridad de los principios en sentido estricto sobre las directrices*, basada en la prioridad de las razones de corrección sobre las razones de fin. Abordaremos, en este orden, la réplica de Alexy a cada una de estas tesis.

#### 3.2.2.1 El carácter "todo o nada" de los principios en sentido estricto

Para responder a esta cuestión, el autor alemán toma como punto de partida la reconstrucción en términos condicionales del principio formulado en el artículo 14 C.E., propuesta por Atienza y Ruiz Manero como ejemplo de principio en sentido estricto:

"Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual, etc.) y *en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el*

<sup>309</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, citado, pág. 5.

<sup>310</sup> *Ibid.*, pág. 9.

*mismo, tenga mayor peso*, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”<sup>311</sup>.

A juicio de Alexy, la pieza decisiva en esta reconstrucción es la cláusula “*y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga mayor peso*”, la cual, por otra parte, no figura expresamente en el texto constitucional. Es la adición de esta cláusula de reserva no escrita, y no la configuración cerrada de su consecuente o su carácter de razón de corrección (argumentos que Alexy no toma en consideración siquiera), lo que convierte a la norma en no susceptible de cumplimiento gradual (*nicht graduell erfüllbar*)<sup>312</sup>. Sin embargo, en opinión de este autor, tal propiedad resulta trivial, porque cualquier principio al que se añada una cláusula de este tipo adquiere con ello el carácter de una norma “todo o nada”<sup>313</sup>. Por otra parte, tal propiedad no excluye que la norma en cuestión pueda ser objeto de un mandato de optimización. En tal sentido señala Alexy que “las normas cerradas a través de cláusulas restrictivas de esta clase se asemejan a mandatos de optimización y tienen, por las mismas razones que estos, carácter de reglas”.<sup>314</sup> Creo que esta última idea se comprende mejor si se tiene en cuenta la distinción entre *mandatos de optimización* (commands to optimize) y *mandatos a ser optimizados* (commands to be optimized), examinada anteriormente<sup>315</sup>. La cláusula a la que se hace referencia contiene entonces un *mandato de optimización*, esto es, una regla situada en un “meta nivel” que prescribe examinar si en cada caso concurre o no un principio que tenga mayor peso, para lo cual es preciso considerar qué es lo ordenado en ese caso con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas<sup>316</sup>.

La importancia de dicha cláusula en la reconstrucción del artículo 14 C.E. como un principio es tal, que su ausencia llevaría a interpretar la prohibición de discriminación como una regla estricta y, en consecuencia, a excluir todo trato desigual. Así, sostiene el autor alemán, tratándose de la prohibición de discriminación por razón de sexo, carecería de justificación cualquier política de discriminación inversa dirigida a promover la igualdad real entre hombres y mujeres, así como la adopción de medidas vinculadas a situaciones como el embarazo o la maternidad. Sin embargo, tal interpretación del artículo 14 C.E. no corresponde al planteamiento de Atienza y Ruiz Manero, en el cual la referencia al “mayor peso” de los principios enfrentados sugiere la necesidad de una ponderación.<sup>317</sup> No obstante, puntualiza el profesor de Kiel, los objetos que intervienen en una ponderación sólo admiten ser reconstruidos racionalmente como principios, en el sentido de la tesis de la optimización. Considerados como objetos de una ponderación, esto es, como mandatos a optimizar, tales principios serían susceptibles de cumplimiento gradual. La anterior afirmación es válida respecto a todas las normas de derecho fundamental, al contrario de lo que sostienen Atienza y Ruiz Manero.

---

<sup>311</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, citado, pág. 9. (cursivas fuera del original).

<sup>312</sup> Vid. Robert Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, citado, págs. 44 y s.

<sup>313</sup> Vid. Supra. 2; Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, citado, pág. 192.

<sup>314</sup> Robert Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, citado, pág. 44.

<sup>315</sup> Vid. Supra 3.1.

<sup>316</sup> En otro lugar, al referirse al “doble carácter” (de regla y principio) de las normas iusfundamentales que se construyen mediante la adición de cláusulas de reserva relativa a principios, Alexy advierte cómo este tipo de cláusulas, “no formulan otra cosa que las tres partes del principio de proporcionalidad”. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 137.

<sup>317</sup> Robert Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, citado, pág. 45.

En ese orden de ideas - concluye Alexy - el argumento de estos autores, según el cual algunos principios no admiten cumplimiento gradual y, en tal sentido, tendrían carácter de reglas, no constituye una objeción de peso en contra de la tesis de la optimización<sup>318</sup>.

### 3.2.2.2 La prioridad de los derechos individuales sobre los bienes colectivos

En el planteamiento de Atienza y Ruiz Manero la “no graduabilidad” de los principios en sentido estricto se vincula a la consideración de tales principios como “razones de corrección” o “deontológicas”, distintas y prevalentes respecto a las “razones de fin” propias de las directrices u objetivos sociales. Desde esta premisa se plantea el problema de si la consideración de los principios como mandatos de optimización les sitúa en el terreno del utilitarismo y del razonamiento teleológico, y si ello resulta incompatible con el carácter deontológico de los derechos fundamentales<sup>319</sup>. Con el fin de sustraer a estos últimos del cálculo utilitario y preservar su carácter de “razones últimas”, estos autores defienden una primacía incondicionada de los principios en sentido estricto sobre las directrices, lo que lleva a sostener, en consecuencia, la primacía de los derechos fundamentales sobre los bienes colectivos. En este punto, el planteamiento de los profesores de Alicante se aproxima a una de las críticas que Habermas dirige en contra de la teoría de los principios de Alexy, según la cual, una vez concebidos como mandatos de optimización, los derechos individuales podrían, cuando las circunstancias así lo exijan, ser sacrificados en aras de objetivos colectivos, perdiendo así su carácter de “triumfos” frente a la mayoría y, con ello, su mayor fuerza justificatoria<sup>320</sup>.

En opinión de Alexy, quienes suscriben tal objeción aciertan al señalar que la interpretación de los derechos como mandatos de optimización no puede excluir el riesgo de su excesiva limitación en beneficio de bienes colectivos. También es cierto que tal peligro podría ser conjurado si se asume una prioridad estricta de los derechos fundamentales frente a todos los bienes colectivos. Sin embargo, esta alternativa comporta igualmente desventajas porque impediría, por ejemplo, justificar limitaciones al derecho de propiedad para garantizar la protección del medio ambiente, restringir la libertad de profesión en aras de la protección de los consumidores, limitar la libertad de investigación a fin de impedir ciertos experimentos con animales, e igualmente excluiría toda justificación del derecho penal basada en consideraciones preventivo generales<sup>321</sup>.

Consciente de estas desventajas, Habermas se muestra dispuesto a reconocer que “ciertamente, en el contexto concreto de fundamentación de la decisión de un caso particular, no todo derecho puede imponerse contra todo bien colectivo, pero solamente no podrá imponerse cuando la primacía de un bien colectivo pueda

<sup>318</sup> *Ibid.*, pág. 45.

<sup>319</sup> *Ibid.*, pág. 46.

<sup>320</sup> Vid. Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez* (1992), trad. castellana de la 4ª. ed. alemana a cargo de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pág. 332. Un desarrollo ulterior de este argumento se encuentra en “Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School”, en *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1996, apéndice que no está incluido en la edición en castellano de esta obra (*La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, trad. J. C. Velasco Arroyo y G. Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999). La otra crítica de Habermas se refiere al carácter irracional de la ponderación, pero ella no será aquí considerada.

<sup>321</sup> Vid. Robert Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, citado, págs. 50 y s.

justificarse a su vez a la luz de principios<sup>322</sup>, con lo cual, “en *última instancia* son sólo derechos los que deben convencernos en el juego argumentativo<sup>323</sup>. Esta segunda alternativa, consistente en reconducir los bienes colectivos a derechos individuales, puede ser entendida al menos de dos maneras: como una completa disolución de la categoría de los bienes colectivos en la de los derechos individuales, lo que dejaría por fuera a muchos bienes colectivos que, pese a no ser reducibles a ningún derecho individual, bajo ciertas condiciones pueden justificar limitaciones a tales derechos, como es el caso del interés en la conservación del patrimonio histórico. Pero si, por el contrario, sólo se exige que el bien colectivo tenga un grado cualquiera de repercusión positiva sobre algún derecho individual, el ámbito de los de bienes susceptibles de justificar restricciones a derechos se amplía de tal modo que el criterio de la “reductibilidad” deviene inadecuado para delimitar el círculo de bienes colectivos aptos para fundamentar la restricción legítima de derechos individuales<sup>324</sup>.

A juicio del profesor de Kiel, también debe excluirse una tercera alternativa, consistente en reducir el catálogo de derechos fundamentales para así evitar muchos supuestos de colisión con bienes colectivos, siguiendo un cuestionable criterio según el cual, “en lugar de tener que limitar, es mejor eliminar<sup>325</sup>. Finalmente, Alexy explora una cuarta alternativa de resolver los problemas que plantea la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. En este caso se trataría de considerar las restricciones basadas en bienes colectivos, no como una intervención en el derecho individual, sino más bien como una “configuración” o “regulación” del mismo, solución que para este autor resulta igualmente inaceptable.<sup>326</sup>

Excluidas tales posibilidades sólo queda, en opinión de Alexy, la alternativa de admitir la restricción de derechos individuales en aras de bienes colectivos y delimitar tales restricciones a través del principio de proporcionalidad. Este último presupone la consideración de los derechos fundamentales como principios, esto es, como mandatos de optimización. El riesgo de que tal concepción contribuya a debilitar los derechos fundamentales sólo puede ser prevenido - según el profesor de Kiel - mediante la combinación de tres factores: el primero es, precisamente, la teoría de los principios que, en lugar de debilitar, contribuye a fortalecer los derechos en la medida en que, como lo expresa la ley de la ponderación, la resistencia de los derechos concebidos como principios será tanto más fuerte, cuanto más intensa sea la intervención que se trata de justificar. En segundo lugar, la teoría formal de los principios debe ser complementada con una teoría sustancial de los derechos, en la cual la afirmación de la prevalencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos desempeña un papel fundamental. Finalmente, es preciso que lo anterior encuentre un respaldo efectivo en la realidad, a lo cual sin duda puede contribuir el desarrollo de una acertada jurisprudencia constitucional, pero que, en definitiva, sólo puede apoyarse en el consenso de los ciudadanos<sup>327</sup>.

---

<sup>322</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, citado, pág. 332.

<sup>323</sup> *Ibid.*, pág. 333.

<sup>324</sup> Vid. Robert Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, citado, pág. 51.

<sup>325</sup> *Ibid.*, pág. 52.

<sup>326</sup> *Ibid.*, pág. 52; para un desarrollo más amplio de esta idea vid. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, págs. 321 y ss.

<sup>327</sup> Vid. Robert Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, citado, pág. 52.

## 4. UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DE LA TESIS DE LOS PRINCIPIOS COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN

El examen de la tesis de Atienza y Ruiz Manero, que niega a los principios en sentido estricto la propiedad de ser optimizables, y de la réplica formulada por Alexy, permite apreciar las distintas estrategias que en cada caso se emplean para fundamentar el concepto de “mandato de optimización” así como la dificultad para situar ambas argumentaciones en un terreno común. Tal divergencia lleva incluso a dudar que unos y otro se refieran a lo mismo cuando emplean tal concepto. Así, en el caso de Atienza y Ruiz Manero, la idea de mandato de optimización obedece a una característica presente en la estructura lógica de las normas (su consecuente está configurado de modo abierto) y en el tipo de razón para la acción que representan (razones de utilidad no últimas cuyo criterio de justificación es la eficiencia). Por su parte, creo que la caracterización alexiana de los principios como mandatos de optimización tiene poco que ver con las consideraciones anteriores y, más bien, es el resultado de asumir una convención interpretativa que lleva a concebir que estas normas postulan un “deber ser ideal” cualitativamente distinto del “deber ser real” propio de las reglas. A juicio de Sieckmann este distinto “deber ser” se traduce en un distinto modo de validez: “mientras la validez de una regla implica el mandato de su aplicación estricta, esto es, la aplicación en todos los casos en que la misma resulte aplicable, la validez de un principio significa únicamente que este ha de ser satisfecho en la medida más alta posible con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas”<sup>328</sup>. Así pues, según el planteamiento de Alexy, para atribuir la cualidad de optimizable a una norma no resulta ser determinante ni la posibilidad de cumplimiento gradual de la conducta prescrita ni la configuración abierta de la norma en cuestión. Veamos:

### 4.1 LA “GRADUALIDAD” DE LOS PRINCIPIOS

Para entender en qué sentido pueden caracterizarse como “mandatos de optimización” incluso aquellos principios que prescriben una conducta cuya intensidad de aplicación no puede ser modulada (como sucede con el que ordena respetar la vida), conviene revisar los sentidos en que puede interpretarse la idea de gradualidad. Según Alfonso García, la gradualidad puede predicarse: 1) de la *intensidad* de la aplicación (peso), o bien, 2) de la *frecuencia* de la aplicación (número de casos en que el principio se impone)<sup>329</sup>. En el primer sentido, esto es, como *intensidad* de la aplicación, la gradualidad se sitúa en el *cumplimiento* de la norma optimizada, esto es, en el sistema del súbdito, mientras que en el segundo sentido, la gradualidad se sitúa en el modo de aplicación de los principios, esto es, en el sistema del juez. Sobre la base de esta distinción, García Figueroa parece inclinarse por una interpretación de la gradualidad en el segundo sentido, al afirmar que “la graduabilidad del cumplimiento de la norma prescrita por el mandato de optimización no parece relevante” y además señalar que una aplicación gradual en el primer sentido “no parece ser el modo habitual de resolución de conflictos entre principios”<sup>330</sup>.

<sup>328</sup> Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, citado, pág. 86.

<sup>329</sup> Vid. Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, citado, pág. 190.

<sup>330</sup> *Ibid.*, pág. 190.

No estoy segura de que las cosas sean del todo así, pues, en primer lugar, no queda claro que la gradualidad, entendida como *intensidad* de la aplicación, deba entenderse sólo referida al sistema del súbdito, pues también podría ser vista como una norma, dirigida al juez, que prescribe una aplicación “mitte” del principio en cuestión. En segundo lugar, la “ley de la ponderación” se funda precisamente en la dimensión de peso de los principios, pues si no se entiende la gradualidad como *intensidad* deja de tener sentido afirmar que “cuanto mayor sea la afectación o no realización de un principio, mayor ha de ser la importancia de la satisfacción de su contrario”<sup>331</sup>. En tercer lugar, esta interpretación parece igualmente más compatible con la pretensión de Alexy de configurar su modelo de ponderación de acuerdo al principio de concordancia práctica, solución que presupone la posibilidad de aplicación parcial de los principios en colisión. Finalmente, porque, al contrario de lo que sostiene Alfonso García, creo que la aplicación parcial sí resulta ser un modo habitual de resolución de conflictos entre principios<sup>332</sup>.

Sin embargo, creo que en el planteamiento de Alexy también está presente la gradualidad entendida como *frecuencia* de aplicación, pero tal significado se reserva a los casos en que no resulta posible un cumplimiento parcial de los principios, como sucede frente a derechos como la vida o la dignidad humana. A tal imposibilidad se refiere este autor cuando afirma que “la dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales”, en los cuales “una intromisión no significa todavía una lesión” y sólo se convierte en tal cuando no está justificada<sup>333</sup>. De ahí que sostener la cualidad de mandatos de optimización respecto a aquellos derechos en los que toda intromisión significa una lesión requiera interpretar la noción de gradualidad no como *intensidad* sino como *frecuencia* de aplicación.

## 4.2 LA CONFIGURACIÓN ABIERTA DE LOS PRINCIPIOS

De acuerdo a la concepción alexiana de los principios, la pregunta por las características presentes en la estructura condicional de la norma que determinan su tratamiento bien como una regla o bien como un principio ocupa un lugar secundario. Ello no quiere decir, sin embargo, que no ocupe ningún lugar. En efecto, la diferencia estructural que en el modelo de Atienza y Ruiz Manero se establece entre principios y reglas – formulación categórica de los primeros y e hipotética de las segundas – guarda relación con la caracterización que propone Alexy de las reglas como normas que contienen determinaciones con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas, y de los principios como normas que no establecen tal determinación<sup>334</sup>.

<sup>331</sup> Sobre esta vinculación llama la atención Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle...*, citado, pág. 73.

<sup>332</sup> No obstante, lo que sí cabe considerar es que la “ley de la colisión”, del modo en que es formulada por Alexy, no parece dar cuenta de las soluciones “mitte” ni, con ello, de la pretensión de configurar la ponderación como una forma de concordancia práctica, pues aquella más bien está diseñada para solucionar el caso mediante el desplazamiento de uno de los principios. Vid. Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, citado, pág. 297, nota 2, donde admite que su formulación de la ley de la colisión “se refiere a los casos en los cuales la consecuencia jurídica del principio precedente se aplica (se hace vigente) de un modo completo (“comes fully into force”). Si esta no se aplica de un modo completo – admite este autor - resulta necesario modificar dicha formulación”. En otro lugar señala que “pueden haber casos en los cuales sea necesario recortar las consecuencias jurídicas del principio que tiene precedencia. En estos casos, P<sub>1</sub> precede a P<sub>2</sub> bajo las condiciones del caso (C) sólo con respecto a una limitada consecuencia jurídica (R’), cuya notación es (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C, R’”. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 94, nota 42.

<sup>333</sup> Manuel Atienza, “Entrevista a Robert Alexy”, trad. M. Atienza, *Doxa*, 24, 2001, págs. 671-687, aquí pág. 678.

<sup>334</sup> Vid. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 99.

Desde el punto de vista de su formulación normativa, Alexy relaciona esta ausencia de determinación con la generalidad propia de los principios, los cuales “suelen ser relativamente generales porque no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo”<sup>335</sup>. Una norma será tanto más general cuanto menos específica sea la descripción de la conducta prescrita: así, la norma que ordena “no mentir” presenta un alto grado de generalidad, mientras que otra que prescribe “decir siempre la verdad al cónyuge en cuestiones monetarias” presenta un grado relativamente menor de generalidad<sup>336</sup>. Pero a su vez, como se advierte en el ejemplo anterior, las normas más generales serían aquellas formuladas en términos categóricos, lo que sucede, según Atienza y Ruiz Manero, con los principios, cuya condición de aplicación no contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente<sup>337</sup>. Visto desde esta perspectiva, la formulación categórica de una norma, máxima expresión de su generalidad, sería una propiedad indicativa de la ausencia de determinación respecto a las posibilidades del mundo real y normativo, y con ello, de su carácter de principio. No obstante, en el planteamiento de Alexy el criterio de generalidad ocupa un lugar secundario porque no permite fundamentar una separación fuerte o cualitativa, sino sólo una distinción de grado, entre principios y reglas. Para este autor la menor o mayor generalidad del antecedente de una norma sería, por tanto, un criterio meramente indicativo, pero no constitutivo, de su carácter de regla o de principio. Por su parte, en cuanto a la formulación cerrada o abierta del consecuente, que en el modelo de Atienza y Ruiz Manero resulta un criterio decisivo para explicar la aplicación “todo o nada” de los principios en sentido estricto y cualidad de optimizables de las directrices, ya se ha visto como, de acuerdo a la concepción de Alexy, tal diferencia resulta del todo irrelevante<sup>338</sup>.

Así pues, si la concepción de los principios como mandatos de optimización parece ser independiente tanto de la configuración abierta de su consecuente como de la naturaleza de la conducta prescrita, ¿a qué responde entonces este peculiar modo de validez de los principios?

#### **4.3 LA IDEA DE MANDATO DE OPTIMIZACIÓN COMO CONVENCION INTERPRETATIVA**

Un intento de responder a esta cuestión puede partir de una propuesta de reconstrucción teórica del derecho como fenómeno convencional, recientemente desarrollada por Bayón, según la cual toda práctica jurídica compleja incorpora *convenciones interpretativas*, definidas como “convenciones (específicas de dicha práctica) de segundo nivel respecto a las convenciones semánticas en virtud de las cuales tienen significado ordinario los enunciados formulados en ese lenguaje natural”<sup>339</sup>. La convención interpretativa más simple sería, explica este autor, la regla del significado literal. Pero sucede que las convenciones interpretativas imperantes en la práctica jurídica no suelen conformarse con dicha regla e, incluso, pueden requerir desviaciones del significado literal de distintos tipos. Cuando ello ocurre, la identificación del contenido del derecho requiere tomar en cuenta las convenciones interpretativas existentes<sup>340</sup>.

<sup>335</sup> *Ibid.*, pág. 103.

<sup>336</sup> Vid. Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, citado, pág. 184, nota 37.

<sup>337</sup> Vid. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Rules and Principles Revisited”, citado, pág. 150.

<sup>338</sup> Vid. *Supra* 3.2.2.1.

<sup>339</sup> Juan Carlos Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La relevancia del derecho*, P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), Barcelona, Gedisa, 2002, págs. 57 – 92, aquí pág. 63.

<sup>340</sup> *Ibid.*, pág. 63. En un sentido similar, señala Guastini que una teoría de la interpretación jurídica consiste, más que en una teoría del significado de los enunciados conforme al lenguaje natural, en una reconstrucción conceptual de la práctica de los operadores jurídicos. Vid. Riccardo Guastini, “Due esercizi di non-cognoscitivismo”, *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1999, págs. 277-280,

Creo que el concepto de convención interpretativa es fecundo para explicar el concepto alexiano de mandato de optimización. De este modo, la concepción de los principios como mandatos de optimización respondería a una convención interpretativa que podría articularse como un acuerdo según el cual, *cierto tipo de decisiones jurídicas* (así los llamados casos difíciles o, en cualquier caso, la mayor parte de las decisiones que involucran juicios de constitucionalidad) requiere que las normas que suministran las razones para decidir sean interpretadas no como portadoras de un “deber ser definitivo o real” – lo que llevaría a entender que ellas imponen deberes definitivos, que establecen una medida de cumplimiento determinada y que, en caso de conflicto, éste ha de saldarse con la declaración de invalidez o la excepción permanente de una de ellas - sino como portadoras de un “deber ser ideal” – lo que, por el contrario, permite derivar de ellas sólo deberes *prima facie*, que admiten un cumplimiento gradual (sea en términos de intensidad de aplicación o de frecuencia de aplicación), y a resolver sus conflictos mediante la determinación de lo que dichas normas exigen en cada caso de acuerdo a las posibilidades tanto fácticas (a través de los juicios de idoneidad y necesidad que integran la máxima de proporcionalidad en sentido amplio) como jurídicas (a través de la ponderación o juicio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>341</sup>.

La adopción de esta convención interpretativa en relación con ciertas normas se explicaría:

En primer lugar, como una respuesta a la necesidad, constitutiva del modelo de organización política representado en el estado constitucional, de posibilitar la coexistencia en el ordenamiento de un orden de valores plural y, por ello, tendencialmente conflictivo, como el que incorporan los textos constitucionales en la actualidad. A tal necesidad se refiere Luis Prieto cuando afirma que “la conservación *íntegra* de la Constitución exige ponderar porque solo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se quiere unida y consensuada en torno a la Constitución”<sup>342</sup>.

En segundo lugar, como consecuencia del doble entendimiento de la constitución como un orden fundamental y a la vez como un marco. Comprensión que parece necesaria para conciliar, por un lado, el papel que desempeña la constitución como límite al poder, y, por otro, la libertad de configuración del legislador democrático. En suma, la interpretación de los contenidos constitucionales como “mandatos de optimización” expresa el dilema que está en la base del constitucionalismo: la tensión entre derechos y democracia<sup>343</sup>.

Por otra parte, esta interpretación del concepto alexiano de mandato de optimización no sólo resulta coherente sino que incluso facilita la comprensión de algunos planteamientos de este autor, en particular, la naturaleza de la separación *cualitativa* y no gradual entre principios y reglas, que está en la base de la tesis fuerte de la separación por él sostenida<sup>344</sup>, así como la comprensión de la idea de mandato de optimización como una “regla” situada en un “metanivel” respecto al principio que constituye el objeto a optimizar.

---

aquí pág. 279.

<sup>341</sup> Acaso la convención interpretativa que sugiere entender los principios como mandatos de optimización no sea sino una reformulación de la convención que conduce a entender que algunas normas sólo tienen validez *prima facie*, a la que se refiere en sentido crítico Bayón en el trabajo antes citado como “una convención que se autoanula *en sentido débil*”. Juan Carlos Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia”, citado, pág. 69 y 88 (nota 50).

<sup>342</sup> Luis Prieto Sanchís, “Diez argumentos a propósito de los principios”, en *Ley, principios, derechos*, citado, págs. 47 – 68, aquí pág. 61.

<sup>343</sup> Sobre la relación de la teoría de los principios con este doble entendimiento de la constitución vid. Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, citado, págs. 17 y ss.

<sup>344</sup> Vid. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 87. En tal sentido afirma este autor que el concepto de “deber ser ideal”, “ofrece un criterio lógico para la distinción entre reglas y principios, que corresponde a la tesis fuerte de la



## 5. *IN DUBIO: ¿PRO DERECHOS O PRO LEGISLATORE?*

La teoría de los principios de Alexy sin duda representa uno de los más importantes esfuerzos por ofrecer parámetros de racionalidad que orienten la argumentación jurídica y, en particular, la que tiene lugar en sede de control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, ella sigue sin ofrecer una respuesta satisfactoria a la principal objeción que, desde un punto de vista sustancial, se ha formulado contra la concepción de los derechos fundamentales como principios a optimizar, y es que la misma puede conducir a una relativización del contenido de los derechos fundamentales que en algunos casos permitiría incluso su negación definitiva, si se logra argumentar satisfactoriamente que ello es necesario en razón de las circunstancias jurídicas y fácticas. En el modelo teórico de Alexy tal desplazamiento puede tener lugar no sólo porque así lo exija otro derecho fundamental (cuyo peso se juzgue mayor en el caso concreto), sino también porque ello sea necesario para satisfacer un bien colectivo. Concebidos pues como mandatos de optimización, los derechos fundamentales garantizarían “demasiado poco”<sup>345</sup>.

Como hemos visto, la respuesta de Alexy a este virtual “desamparo” al que se exponen los derechos fundamentales concebidos como principios, consiste en afirmar la prevalencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, expresada en una carga de la argumentación a favor de los primeros<sup>346</sup>. Ella corresponde, para el caso de los derechos de libertad, a la fórmula “*in dubio pro libertate*”<sup>347</sup>, pero que extendida a los derechos de prestación y de igualdad podría expresarse en un genérico “*in dubio pro derechos*”, según el cual, planteada una colisión entre un derecho individual y un bien colectivo, toda duda o empate entre razones igualmente buenas se resuelve a favor del derecho individual.

No obstante, al tiempo que se afirma lo anterior se sostiene, por otro lado, la prevalencia de las reglas sobre los principios, argumentando que aquellas tienen un carácter *prima facie* diferente y esencialmente fuerte respecto al que poseen los principios. La razón de esta mayor fuerza de las reglas radica en que éstas, además de venir respaldadas por principios sustanciales, cuentan con el apoyo de *principios formales* que ordenan seguir las determinaciones impuestas por una autoridad legítima. Cuando se trata de determinaciones legislativas que asumen la forma de reglas, el principio formal que otorga competencia al legislador para decidir se legitima a su vez en el principio democrático. Con base en este último se concede al legislador democráticamente legitimado un margen de acción para decidir en caso de duda o de empate entre razones igualmente buenas, lo que se traduce en una suerte de “*in dubio pro legislature*”.

La confluencia entre uno y otro se produce en todos los casos, por cierto no poco frecuentes, de intervenciones legislativas en derechos fundamentales justificadas en la protección de bienes colectivos, evento en el cual emerge una antinomia entre dos criterios de precedencia *prima facie* de signo contrario: de

---

separación”. “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, citado, pág. 205.

<sup>345</sup> No obstante, Böckenförde ha formulado la objeción contraria, según la cual, concebidos como principios, los derechos fundamentales garantizarían “demasiado”. A ambas objeciones se refiere Alexy en su “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, citado, págs. 14 y s.

<sup>346</sup> Vid. Supra 2 y 3.2.2.2.

<sup>347</sup> Vid. Robert Alexy, “Derechos individuales y bienes colectivos”, citado, pág. 207.

existir dudas o empate entre argumentos igualmente buenos en pro y en contra de la limitación del derecho, el “*in dubio pro derechos*” impone decidir a favor del derecho y, en consecuencia, considerar injustificada su limitación, mientras que el “*in dubio pro legislatore*” lleva a considerar justificada la determinación legislativa de restringir el derecho individual en aras de un bien colectivo<sup>348</sup>. En este caso, la contradicción entre ambos criterios de prevalencia conduce a su anulación recíproca y, en consecuencia, a la situación de paridad o de “empate” entre derechos fundamentales y bienes colectivos. Así pues, la prioridad *prima facie* de los derechos individuales, dirigida a preservar su carácter de “triumfo” frente a otro tipo de intereses colectivos, está destinada a ser neutralizada por el reconocimiento paralelo de un margen de acción cognitivo a favor del legislador, cuya existencia constituye, a juicio de Alexy, “el imprescindible tributo que los ideales iusfundamentales tienen que pagar a cambio del triunfo, nunca suficientemente apreciado, de su institucionalización en el mundo, tal como es”<sup>349</sup>.

Por ello, si bien la caracterización de los principios como mandatos de optimización representa una convención interpretativa que de hecho es utilizada por los tribunales constitucionales cuando se trata de decidir ciertos problemas jurídicos, que ofrece una reconstrucción coherente del modo en que la constitución, en particular sus contenidos iusfundamentales, son entendidos y aplicados, se enfrenta al riesgo de que tales contenidos garanticen “demasiado poco” y, con ello, a disminuir su potencial limitador del poder, en el que en definitiva, reside su valor, incluso cuando el poder que se pretende limitar cuente con el respaldo de las mayorías.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis. “Las reglas en serio”, en *La normatividad del derecho*, A. Aarnio, E. Garzón Valdés, J. Uusitalo (comps.), trad. S. Urbina, Barcelona, Gedisa, 1997.

Alexy, Robert. “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie*, cuaderno 1, 1979. (Publicado posteriormente en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995).

\_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª. ed. en castellano, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

\_\_\_\_\_. “Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica”, trad. M. Atienza, *Doxa*, 5, 1988.

\_\_\_\_\_. “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del derecho*, trad. J. M. Seña, 2ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, 2000.

---

<sup>348</sup> Sobre esta contradicción llama la atención Carlos Bernal en “Legal principles in The Concept of Law and in the Theory of Rights”, *Ratio Juris*, (en prensa).

<sup>349</sup> Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, citado, pág. 64.

\_\_\_\_\_. "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", en *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, B. Schilcher / P. Koller / B. C. Funk (eds.), Wien, Verlag Österreich, 2000.

\_\_\_\_\_. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", trad. C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002.

Atienza, Manuel. "Entrevista a Robert Alexy", *Doxa*, 24, 2001.

Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

\_\_\_\_\_. "Rules and Principles Revisited", *Associations*, 4, 2000.

\_\_\_\_\_. *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", *Doxa*, 24, 2001.

Bayón, Juan Carlos. *La normatividad del derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

\_\_\_\_\_. "Derecho, convencionalismo y controversia", en *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), Barcelona, Gedisa, 2002.

Bernal Pulido, Carlos. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

\_\_\_\_\_. "Legal principles in The Concept of Law and in the Theory of Rights", *Ratio Juris*, (en prensa).

Borowski, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*, Baden – Baden, Nomos, 1998.

\_\_\_\_\_. "Prinzipien als Grundrechtsnormen", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 53, 1998.

\_\_\_\_\_. "La restricción de los derechos fundamentales", trad. R. Arango, *REDC*, 59, 2000.

\_\_\_\_\_. *La estructura de los Derechos Fundamentales*, trad. C. Bernal, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), 1a. ed., 4a. reimp., trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986. Existe traducción al castellano de C. Ferrari bajo el título *El imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988 (2ª. ed. 1992).

García Figueroa, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Guastini, Riccardo. "Due esercizi di non-cognoscitivismo", *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1999.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez* (1992), trad. castellana de la 4ª. ed. alemana a cargo de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. "Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School", en *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1996.

Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

Moreso, José Juan. "El encaje de las piezas del derecho (I)", *Isonomía*, 14, 2001.

Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.

\_\_\_\_\_. "Diez argumentos a propósito de los principios", en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.

\_\_\_\_\_. "La limitación de los Derechos Fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derechos y Libertades*, 8, 2000. (Publicada también en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003).

Raabe, Marius. *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

Ross, William David. *Lo correcto y lo bueno* (1930), trad. L. Rodríguez, Salamanca, Sígueme, 1994.

Ruiz Manero, Juan. *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Ruiz Sanz, Mario. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Madrid, Dykinson, 2002.

Searle, Jhon. "Prima Facie Obligations", en *Practical Reasoning*, J. Raz (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1978.

Sieckmann, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

Von Wright, Georg Henrik. *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970.

## TÍTULOS PUBLICADOS EN ESTA COLECCIÓN

### **Cuaderno 1 - Marzo 2002**

#### **Sector bancario y coyuntura económica el caso colombiano 1990 - 2000**

Alberto Jaramillo, Adriana Ángel Jiménez, Andrea Restrepo Ramírez, Ana Serrano Domínguez y Juan Sebastián Maya Arango.

### **Cuaderno 2 - Julio 2002**

#### **Cuerpos y controles, formas de regulación civil. Discursos y prácticas en Medellín 1948 – 1952**

Cruz Elena Espinal Pérez.

### **Cuaderno 3 - Agosto 2002**

#### **Una introducción al uso de LAPACK**

Carlos E. Mejía, Tomás Restrepo y Christian Trefftz.

### **Cuaderno 4 - Septiembre 2002**

#### **Las marcas propias desde la perspectiva del fabricante**

Belisario Cabrejos Doig.

### **Cuaderno 5 - Septiembre 2002**

#### **Inferencia visual para los sistemas deductivos LBPco, LBPC y LBPO**

Manuel Sierra Aristizábal.

### **Cuaderno 6 - Noviembre 2002**

#### **Lo colectivo en la constitución de 1991**

Ana Victoria Vásquez Cárdenas, Mario Alberto Montoya Brand.

### **Cuaderno 7 - Febrero 2003**

#### **Análisis de varianza de los beneficios de las empresas manufactureras en Colombia, 1995 – 2000**

Alberto Jaramillo (Coordinador), Juan Sebastián Maya Arango, Hermilson Velásquez Ceballos, Javier Santiago Ortiz, Lina Marcela Cardona Sosa.

### **Cuaderno 8 - Marzo 2003**

#### **Los dilemas del Rector: El caso de la Universidad EAFIT**

Álvaro Pineda Botero

### **Cuaderno 9 - Abril 2003**

#### **Informe de Coyuntura: Abril de 2003**

Grupo de Análisis de Coyuntura Económica

**Cuaderno 10 - Mayo 2003**

**Grupos de Investigación Escuela de Administración**

Dirección de Investigación y Docencia

**Cuaderno 11 - Junio 2003**

**Grupos de Investigación Escuela de Ciencias y Humanidades, Escuela de Derecho, Centro de Idiomas y Departamento de Desarrollo Estudiantil**

Dirección de Investigación y Docencia

**Cuaderno 12 - Junio 2003**

**Grupos de Investigación Escuela de Ingeniería**

Dirección de Investigación y Docencia

**Cuaderno 13 - Julio 2003**

**Programa Jóvenes Investigadores – Colciencias: El Área de Libre Comercio de las Américas y las Negociaciones de Servicios**

Grupo de Estudios en Economía y Empresa

**Cuaderno 14 - Noviembre 2003**

**Bibliografía de la Novela Colombiana**

Álvaro Pineda Botero, Sandra Isabel Pérez, María del Carmen Rosero y María Graciela Calle

**Cuaderno 15 - Febrero 2004**

**Publicaciones y Ponencia 2003**

Dirección de Investigación y Docencia

**Cuaderno 16 - Marzo 2004**

**La Aplicación del Derecho en los Sistemas Jurídicos Constitucionalizados**

Gloria Patricia Lopera Mesa