PRINCIPIOS, PONDERACIÓN, Y LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUS CRÍTICOS*

Giorgio Pino

Universidad de Palermo

RESUMEN. En el ensayo *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Luigi FERRAJOLI ofrece una oportuna clarificación teórica y conceptual sobre el así llamado neoconstitucionalismo. Por mi parte, en esta contribución intentaré desarrollar algunas observaciones sobre tres puntos acerca de los cuales me encuentro en relativo desacuerdo con el análisis de FERRAJOLI: el tratamiento de la distinción entre reglas y principios, la interpretación de la práctica de la ponderación, y el problema de la separación entre Derecho y moral. Además, ofreceré un panorama de los significados del (neo)constitucionalismo, y, respecto a tal panorama, consideraré el modo en el cual FERRAJOLI sitúa su propia posición teórica.

Palabras clave: FERRAJOLI, positivismo jurídico, neoconstitucionalismo, principios, ponderación, separación entre Derecho y moral.

ABSTRACT. Luigi FERRAJOLI's essay *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* represents a much-need theoretical and conceptual clarification of so-called neo-constitutionalism. In turn, in my contribution to the debate I will try to develop some reflections on three points of disagreement with FERRAJOLI: his theoretical assessment of the distinction between rules and principles, his interpretation of the «balancing» technique, and his views on the relation between law and morality. Also, I will offer a reconstruction of the meaning of «neo-constitutionalism», and will try to locate FERRAJOLI's theoretical stance within it.

Keywords: FERRAJOLI, legal positivism, neo-constitutionalism, legal principles, balancing, separation between law and morality.

---

* Fecha de recepción: 20 de junio de 2011. Fecha de aceptación: 4 de julio de 2011.

Agradezco a Mauro BARBERIS, Giorgio BONGIOVANNI, Paolo COMANDUCCI, Luigi FERRAJOLI, Riccardo GUASTINI, Aldo SCHIAVELLO y Vittorio VILLA por haber leído y comentado una versión precedente de este escrito.

El denso ensayo de Luigi FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* (de aquí en adelante: *CPCG*), ofrece una oportuna clarificación teórica y conceptual sobre el neoconstitucionalismo: un enfoque iusfilosófico que aúna algunas tesis claves fácilmente reconocibles, al menos en sus rasgos generales, pero que parece algo heterogéneo, poco analítico, por lo general declamatorio, algunas veces caracterizado más por tesis «en sentido negativo» (y en particular por el rechazo del positivismo jurídico) que «en sentido positivo». Es cierto, de todas maneras, que no obstante estos defectos teóricos (verdaderos o presuntos), el neoconstitucionalismo merece ser estudiado y discutido, ya que esta etiqueta captura algo central, o por lo menos interesante, de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Si bien FERRAJOLI ha sido considerado normalmente uno de los más reconocidos representantes del neoconstitucionalismo [1], el filósofo italiano es, en este ensayo, abiertamente crítico, e incluso polémico, respecto a tal movimiento. Por mi parte, en las observaciones que siguen, quisiera tomar en serio algunas de las tesis del neoconstitucionalismo (o mejor, algunas de las tesis que FERRAJOLI considera que son generadas automáticamente por, y que quizás él considera también como monopolio del, neoconstitucionalismo), y tratar de poner a prueba si las críticas de FERRAJOLI dan en el blanco. Dicho quizás más claramente, tengo la impresión de que las críticas de FERRAJOLI al neoconstitucionalismo terminen por envolver también algunas tesis que pueden ser consideradas compartibles —porque son teóricamente fecundas, en tanto adecuadas desde un punto de vista explicativo, etc.— independientemente de la adhesión al pensamiento neoconstitucionalista (cualquier cosa que sea lo que esto signifique), y que, por tanto, tales tesis pueden ser defendidas sin necesidad de suscribir en bloque todas las (otras) tesis habitualmente atribuidas al neoconstitucionalismo.

En particular, intentaré desarrollar algunas observaciones sobre tres puntos acerca de los cuales me encuentro en relativo desacuerdo con el análisis de FERRAJOLI: el tratamiento de la distinción entre reglas y principios (§ 2); la interpretación de la práctica de la ponderación (§ 3); el problema de la separación entre Derecho y moral (§ 4). Antes de tratar los puntos anteriores, ofreceré un panorama de los significados del (neo) constitucionalismo (§§ 1, 1.1), y, respecto a tal panorama, consideraré el modo en el cual FERRAJOLI sitúa su propia posición teórica (§ 1.2).

---

[1] Cfr. ad es. M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, 309; T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», en EAD. (comp.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 1-69 (9); EAD., «Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism», *Associations*, 6, 2002, núm. 2, 233-260 (234); P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía*, 16, 2002, 89-112 (90, 102-104); A. SCHIAVELLO, «Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?», *Diritto & Questioni pubbliche*, 3, 2003, 37-49 (37); M. CARBONELL, «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis», en M. CARBONELL y L. GARCÍA JARAMILLO (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, 153-164 (153); M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2011, 232-234. *Vid.* L. PRIETO SANCHÍS, «*Principia iuris*: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional», *Doxa*, 31, 2008, 325-354, para una indicación atenta de las divergencias entre el pensamiento de FERRAJOLI y las posiciones neoconstitucionalistas estándar.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO: LA PALABRAS Y LAS COSAS

Resulta útil recordar que el término «neoconstitucionalismo» tiene una historia un poco reciente, aun cuando muy afortunada, en el léxico teórico-jurídico [2]. No obstante la fortuna que tal término ha encontrado en el léxico teórico-general reciente (sobre todo en lengua italiana y española), al significado del mismo no le corresponde una claridad comparable: «neoconstitucionalismo» ha sido de hecho utilizado para definir una o más de las siguientes cosas (y tal vez todas en conjunto):

a) Una forma de Estado (el Estado constitucional de Derecho): una particular estructura de la organización jurídica, caracterizada por la presencia de una constitución extensa (que contiene un elenco de principios ético-políticos, de derechos fundamentales que normalmente provienen del iusnaturalismo iluminista, de la tradición ético-política liberal, pero también de ideales social-demócratas) [3], rígida (no modificable por medio de la ley ordinaria), y garantizada (por la presencia de alguna institución judicial o para-judicial que tiene el poder de anular los actos legislativos inconstitucionales) [4].

b) Una cultura jurídica que se explica en un conjunto de prácticas o de actitudes interpretativas y argumentos adoptados por los juristas y por las Cortes (por ejemplo: la interpretación adecuadora, la aplicación directa de la constitución, el efecto de irradiación, la super- o hiper-interpretación de la constitución, etc.), especialmente en el contexto de ordenamientos jurídicos que tienen las características mencionadas sintéticamente en el literal *a)* [5]; prácticas y actitudes interpretativas que presuponen evidentemente la asunción de la constitución como documento jurídico normativo o preceptivo, y que tienen como objetivo la mayor penetración posible de la constitución en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Se trata entonces de una particular conformación (no del ordenamiento, sino) de la cultura jurídica, caracterizada

---

[2] La maternidad del término «neoconstitucionalismo» es por lo general atribuida a S. POZZOLO, «Neoconstitucionalismo y especifidad de la interpretación constitucional», *Doxa*, 21, II, 1998, 339-353; EAD., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; EAD., «Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 2, 405-417. Sobre la difusión del término «neoconstitucionalismo», *vid.* también G. BONGIOVANNI, «Neocostituzionalismo», en *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, 2011.

[3] «Los *Bills of Rights* y los conjuntos de principios y valores contenidos en las actuales cartas constitucionales han absorbido buena parte de la ética occidental de los últimos cuatro siglos»: así B. CELANO, «Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*», 2006, en *Id., Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, CEPC, 2009, 171-191 (189).

[4] Cfr. ad es. R. DWORKIN, «Constitutionalism and Democracy», en *European Journal of Philosophy*, vol. 3, 1, 1995, 2-11 (*«By "constitutionalism" I mean a system that establishes individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise»,* 2); T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», cit., 8-9; P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., 89, 95-96; L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, 101 y ss.; G. BONGIOVANNI, «Neocostituzionalismo», cit.; hablan de *«new constitutionalism»* exactamente en este sentido, A. STONE SWEET y J. MATHEWS, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, 73-165 (esp. 85-87).

[5] La suma de *a)* y *b)* ha sido definida por Riccardo GUASTINI como el conjunto de las «condiciones de constitucionalización» del ordenamiento; cfr. R. GUASTINI, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003, 49-73; *vid.* también G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 121-126.

por la asunción de una particular ideología de las fuentes del Derecho (la supremacía estructural, material, y axiológica de la constitución respecto a las otras fuentes del Derecho) [6].

c) Una teoría del Derecho, es decir, un conjunto de tesis que tienen carácter explicativo y reconstructivo de una específica experiencia jurídica históricamente determinada —en particular, de la experiencia jurídica que se encarna en la forma de Estado indicada en el literal *a)*, y en la cultura jurídica indicada en el literal *b)*— tesis que conciernen por ejemplo a: la presencia de los principios en el ordenamiento jurídico, su estructura, y su rol en la argumentación jurídica; el concepto de ponderación; la presencia de elementos morales en la interpretación y argumentación jurídica; la reconstrucción del sistema de las fuentes en un ordenamiento constitucionalizado; la teoría de la norma y de la validez, etc. [7]; se puede hablar, en este sentido, de neoconstitucionalismo «teórico» [8].

d) Una filosofía del Derecho, o mejor un conjunto de tesis filosófico-jurídicas, sobre la naturaleza del Derecho, sobre sus relaciones con otros fenómenos sociales y normativos, una definición del concepto de Derecho, etc., entre las cuales se destacan: d_1) el énfasis sobre la conexión necesaria entre Derecho y moral, en una o más de las posibles formas en las cuales tal conexión se puede presentar: en particular, en relación con la definición del concepto de Derecho y la identificación del Derecho (la idea según la cual el Derecho no se puede agotar en el conjunto de las decisiones formalmente correctas adoptadas por una autoridad política, sino que incluya también, necesariamente, una dimensión material, sustancial, que lo ligue a la justicia) [9], y en relación con la continuidad entre razonamiento jurídico y razonamiento moral [10]; d_2) la primacía del punto de vista interno, el punto de vista del participante en la práctica jurídica, para la comprensión del Derecho [11]; d_3) la calificación del Derecho como una «práctica social»

---

[6] Hablan de «constitucionalización de la cultura jurídica» y de «cultura jurídica constitucionalizada», G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 337 (la constitucionalización como «operación cultural»); A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los Derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 64; G. PINO, «Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi», *Ragion pratica*, 28, 2007, 219-273 (224-230); *Id., Diritti e interpretazione*, cit., 121-126.

[7] Algunos ejemplos de investigaciones teóricas de este tipo: L. FERRAJOLI, «Il diritto come sistema di garanzie», *Ragion pratica*, 1, 1993, 143-161; *Id., Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007; L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., cap. 2; A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit.; C. BERNAL PULIDO, «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo», en M. CARBONELL (comp.), *Teorías del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, 289-325.

[8] Las expresiones «neoconstitucionalismo teórico», «metodológico» e «ideológico» han sido acuñadas por P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., parafraseando las otras acepciones análogas de positivismo jurídico individuadas por N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, edizioni di Comunità, 1977 (después, la tripartición es también empleada por M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi*, cit., 231-238).

[9] R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (MA), Harvard U. P., 1986; *Id., Justice in Robes*, Cambridge (MA), Harvard U. P., 2006; R. ALEXY, «On the Concept and the Nature of Law», *Ratio Juris*, vol. 21, 3, 2008, 281-299; *Id., «*The Dual Nature of Law», *Ratio Juris*, vol. 23, 2, 2010, 167-182; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, parte I.

[10] Las argumentaciones más explícitas en tal sentido están en R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto,* 1992, Torino, Einaudi, 1997; *Id., «*The Special Case Thesis», *Ratio Juris*, vol. 12, 4, 1999, 374-384; R. DWORKIN, *Justice in Robes*, cit. Sobre los diversos modos en los cuales se pueden dar las relaciones entre Derecho y moral, cfr. de todos modos *infra* § 4.

[11] R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., 14; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 53.

en la cual la dimensión interpretativa y argumentativa es central [12]; d_4) la idea de que esté disponible, siempre o en la mayor parte de los casos, una única respuesta justa o correcta a los problemas jurídicos [13]; d_5) la adhesión a alguna forma de objetivismo ético [14]; d_6) el rechazo del positivismo jurídico, o bien porque es considerado inadecuado para comprender los ordenamientos jurídicos contemporáneos, o bien porque es considerado equivocado en sí, una filosofía del Derecho inaceptable en cualquier contexto iuspolítico [15] (y no sólo en el ámbito de los Estados constitucionales). Se puede hablar, en este sentido, de neoconstitucionalismo «metodológico» [16].

e) *Una actitud ideológica y axiológica* de aprobación y adhesión moral a un Derecho que tenga ciertas características: en particular, un ordenamiento jurídico que tenga las características indicadas en el literal *a)*, y eventualmente en el cual se haya desarrollado una cultura jurídica como aquella indicada en el literal *b)*; en otras palabras, la actitud de adhesión ideológica puede ser manifestada, o sólo respecto al modelo «estructural» del Estado constitucional de Derecho, o también respecto a las prácticas interpretativas y argumentativas que caracterizan a una cultura jurídica constitucionalizada [17]. La adhesión ideológica al Estado constitucional de Derecho es una consecuencia del hecho de que tal forma de organización ius-política es considerada particularmente adecuada para realizar y tutelar valores determinados, como la democracia en sentido sustancial, la igualdad, los derechos fundamentales, etc. Se puede hablar, en este sentido, de neoconstitucionalismo «ideológico», o «axiológico» [18]. [Además, si se considera específicamente el punto de vista de los juristas, y en particular de los funcionarios, esta última acepción de neoconstitucionalismo es conceptualmente

---

[12] R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., 13; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, esp. cap. VII; M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, cit.; *Id., «*Tesis sobre Ferrajoli», *Doxa*, 31, 2008.

[13] R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., esp. cap. 7; R. Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, 5, 1988, 139-151; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford U. P., 2005, 278-279; M. Atienza, «In merito all'unica risposta corretta», *Ragion pratica*, 2010, 45-58.

[14] R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit.; R. Dworkin, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, 2, 1996, 87-139; M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, cit., 53.

[15] En el primer sentido, M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, 27, 2007, 7-28 (25). En el segundo, R. Dworkin, «The Model of Rules I», 1967, en *Id., Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978[2]; *Id., Law's Empire*, cit.; *Id., Justice in Robes*, cit. (esp. «Introduction» y caps. 6, 7, 8); R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit.; *Id., «*On the Concept and the Nature of Law», cit.

[16] Para una valoración en conjunto, G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005; *Id., «*Neocostituzionalismo», cit.; M. Barberis, «Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale», *Ragion pratica*, 14, 2000, 147-162 (150-151); S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., 11.

[17] Como veremos dentro de poco, la posición de Ferrajoli es sólo la primera; cfr. en cambio, p. ej., V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore: metodi, teorie, giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2004, 248, que reivindica «una actitud favorable al proceso de constitucionalización».

[18] *Vid.* una formulación clara de tal posición en U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, edizioni di Comunità, 1965, 150-153 (esp. 150, sobre la «integración constitucionalista del positivismo jurídico»); *Id., «*Dalla legge al codice, dal codice ai principî», *Rivista di filosofia*, 1987, 1, 3-15 (esp. 12-13). Al neoconstitucionalismo ideológico le es algunas veces imputada la afirmación de una obligación moral incondicionada de obediencia al Derecho del Estado constitucional (cfr. P. Comanducci, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., 100): no obstante, esta parece ser una representación caricaturesca, fácilmente desmentida si se leen las obras de los principales autores neoconstitucionalistas (cfr. a propósito J. J. Moreso, «Comanducci sobre neoconstitucionalismo», *Isonomía*, 19, 2003, 267-282, esp. 272-273).

indistinguible respecto a la acepción del literal *b)*; esto resulta evidente si se considera que la adhesión a una ideología de las fuentes del Derecho por parte de un jurista no es otra cosa que una elección ético-política [19]].

1.1. Sobre los usos de «neoconstitucionalismo» (una modesta propuesta de limpieza lingüística y conceptual)

Si esta reconstrucción de los usos de la palabra neoconstitucionalismo es plausible, se pueden hacer tres observaciones.

La primera observación concierne al problema de la heterogeneidad del neoconstitucionalismo, que por lo general es señalada, desde un punto de vista crítico, como un vicio [20]: la pluralidad de las tesis sostenidas por los autores supuestamente neoconstitucionalistas hace que el neoconstitucionalismo resulte en un coacervo de tesis heterogéneas, algunas veces contradictorias entre ellas, y por tanto destinadas a crear problemas y aporías en la compresión filosófica del Derecho, y no a resolverlas. Ahora bien, creo que esta objeción por un lado sea muy exigente y, por otro lado, que sea inexacta.

La objeción es muy exigente porque bajo su filo caerían las cabezas de muchas, probablemente de todas, las corrientes filosófico-jurídicas (y filosóficas en general) descritas en un nivel suficiente de abstracción. Por ejemplo, no se puede decir que el mismo «positivismo jurídico» exhiba un grado considerable de homogeneidad y compactibilidad: incluso las tesis más fundamentales del positivismo jurídico son objeto de controversia entre los sostenedores del positivismo jurídico [21] (como lo demuestra la, última en orden de tiempo, controversia entre iuspositivistas «inclusivos» y «exclusivos»), tanto así que algunas veces se considera preferible calificar el positivismo jurídico como, genéricamente, una tradición de investigación, e incluso otras veces se propone la cancelación misma de la locución «positivismo jurídico» del léxico de la teoría del Derecho [22].

La objeción es inexacta, además, porque *no es el movimiento* neoconstitucionalista, en efecto, el que está patológicamente compuesto y el que es heterogéneo. Más bien, *es la palabra* «neoconstitucionalismo» la que es usada para designar cosas (muy) diversas

---

[19] Sobre la dimensión política de la actividad del jurista, cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit.; M. JORI, «Le scelte politiche del giurista», *Rivista di diritto processuale*, 3, 1973, 306-313; G. PINO, «L'applicabilità delle norme giuridiche», ponencia en el XVI *Seminario hispano-italiano-francés de teoría del Derecho* (Barcelona, Università Pompeu Fabra, octubre 2010).

[20] Cfr. ad es. A. SCHIAVELLO, «Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?», cit., 37.

[21] V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, cit., 26, incluye al positivismo jurídico entre las «nociones esencialmente contestables», es decir, los conceptos cuyo «núcleo duro» es sujeto a contestación. Para una panorámica de la diversidad de posiciones que florecen bajo la enseña del positivismo jurídico es útil consultar la antología de A. SCHIAVELLO y V. VELLUZZI (comps.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005.

[22] Cfr., en el primer sentido, V. VILLA, «Concetto e concezioni di diritto nelle tradizioni teoriche del positivismo giuridico», en G. ZACCARIA (comp.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli, 1991, 155-189; J. RAZ, «The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism», en G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, 17-35 (*«theories belong to a tradition by their frame of reference, sense of what is problematic and what is not, and by similar historical features which do not presuppose that they all share a central credo»,* 22). En el segundo sentido, G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, 88.

entre ellas: un tipo de ordenamiento jurídico, un conjunto de prácticas interpretativas, una teoría del Derecho, una filosofía del Derecho, una actitud ideológica.

Por mi parte, considero apropiado usar el término neoconstitucionalismo para designar, con las especificaciones oportunas: un tipo de cultura jurídica [el sentido *b)*]; un tipo de teoría del Derecho [el neoconstitucionalismo teórico, el sentido *c)*]; y un tipo de ideología del Derecho [el neoconstitucionalismo ideológico, el sentido *e)*]. Me parece en cambio inoportuno utilizar «neoconstitucionalismo» tanto para designar un tipo de ordenamiento jurídico [el sentido *a)*], como para designar las tesis iusfilosóficas sintéticamente descritas en el literal *d*) —el así llamado neoconstitucionalismo «metodológico»—.

En el primer caso (un tipo de ordenamiento jurídico), la ambigüedad del «neoconstitucionalismo» puede de hecho ser fácilmente evitada utilizando la locución, además bastante difundida, «Estado constitucional de Derecho».

En el segundo caso (un conjunto de tesis filosóficas sobre la naturaleza del Derecho), el uso de la palabra «neoconstitucionalismo» parece inapropiado por varias razones: en primer (y menos importante) lugar, porque los autores que sostienen las tesis calificadoras del así llamado neoconstitucionalismo «metodológico» no se autodefinen de un modo tal (algunos de ellos se autodefinen más bien anti-positivistas, o post-positivistas, o no-positivistas) [23]; en segundo lugar, porque las tesis filosóficas que caracterizan esta orientación (el énfasis sobre la conexión necesaria entre Derecho y moral, la primacía del punto de vista interno, la calificación del Derecho como una «práctica social» interpretativa y argumentativa, la idea de la única respuesta justa, el rechazo del positivismo jurídico, etc.) *no tienen algún nexo necesario* con la presencia de una constitución al interior de un ordenamiento jurídico, ni con la circunstancia de que una eventual constitución tenga ciertos contenidos o de que esté garantizada por procedimientos agravados de modificación y de institutos de *judicial review* [24]; ni los autores presuntamente neoconstitucionalistas buscan argumentar a favor de un nexo similar entre sus tesis y la presencia de una constitución —normalmente ellos sostienen que sus tesis tienen carácter enteramente general sobre la naturaleza del Derecho—. En este sentido un punto que efectivamente aúna a todos los autores definidos neoconstitucionalistas es la tentativa de superar las tesis fundamentales del positivismo jurídico. Por estas razones, es preferible abandonar del todo la etiqueta «neoconstitucionalismo metodológico» y adoptar, en cambio, a falta de mejor, aquella de post-positivismo, o anti-positivismo, o no-positivismo [25] (en lo que sigue utilizaré estas etiquetas como sinónimas).

---

[23] Cfr. p. ej., R. ALEXY, «On the Concept and the Nature of Law», cit.; *Id.,* «The Dual Nature of Law», cit.

[24] Esto es evidente de modo particular en R. DWORKIN, «The Model of Rules I», cit.; *Id., Law's Empire*, cit.; *Id., Justice in Robes*, cit.; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; *Id.,* «On the Concept and the Nature of Law», cit.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., parte I. Cfr. además S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., 126-127, que hace un elenco de diez tesis «neoconstitucionalistas» *en las cuales la constitución no es mencionada*, y ninguna de las cuales está conectada con la presencia de una constitución extensa, rígida y garantizada; de modo análogo, M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, cit., 309, hace un elenco de doce tesis que caracterizan el «paradigma constitucionalista» (que se vuelven catorce en *Id., El Derecho como argumentación*, cit., 55-56), de las cuales *sólo dos* están conectadas con la presencia de la constitución (la reformulación en sentido sustancial de la validez, y la interpretación conforme a la constitución).

[25] Cfr. p. ej., T. BUSTAMANTE, «A Defence of Post-Positivism», *Analisi e diritto*, 2008, 229-249. Sobre la connotación anti-positivista de los autores normalmente definidos neoconstitucionalistas, *vid.* S. POZZOLO,

La segunda observación es que, exactamente como observaba BOBBIO a propósito de los tres significados del positivismo jurídico [26], los varios aspectos del neoconstitucionalismo no sólo son cosas diversas, sino que no se implican recíprocamente —es por tanto posible adherir a una forma de neoconstitucionalismo y no a otra—; y además, las varias formas de neoconstitucionalismo pueden ser defendidas o bien criticadas sobre la base de argumentos diferentes (en otras palabras, no se trata de tesis necesariamente aceptables o rechazables en bloque).

La tercera observación es que resulta ampliamente redimensionado, o de todos modos seriamente calificado, el lugar común de la incompatibilidad o contraposición entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. De hecho, una vez aclarado que tanto «postivismo jurídico» como «neoconstitucionalismo» hacen referencia a cosas diversas, se pueden someter a comparación y contraste uno y otro, pero operando, por decirlo así, sólo sobre entidades homogéneas.

Así, se descubrirá fácilmente que el neoconstitucionalismo teórico está ciertamente en conflicto con el positivismo jurídico [27] (porque, banalmente, el objeto que tales teorías buscan describir y explicar es diverso), pero esto no parece un gran resultado visto que, desde hace tiempo, el positivismo teórico ha sido abandonado por los mismos iuspositivistas. Es más, es del todo posible una declinación iuspositivista del neoconstitucionalismo «teórico»: un intento de explicación de las características del Estado constitucional de Derecho a la luz de una metodología iuspositivista. Como afirma Paolo COMANDUCCI, «el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. [...] la teoría

---

Neocostituzionalismo e positivismo giuridico, cit., 11; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., 247-248; A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit., 60. Por otra parte, también el positivismo jurídico «se caracteriza originariamente por oposición a todas las formas de iusnaturalismo» (R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, 275; cfr. también A. ROSS, «Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo», 1961, en A. SCHIAVELLO y V. VELLUZZI (comps.), *Il positivismo giuridico contemporaneo*, cit., 79-95, 81).

Sea dicho de paso, que no encuentro razones decisivas para incluir a Carlos NINO en el panorama de los autores neoconstitucionalistas, considerando que NINO: *a)* ha sido crítico respecto a la *judicial review*, un instituto querido por los neoconstitucionalistas teóricos e ideológicos, y que es característico de la estructura del Estado constitucional de Derecho [cfr. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994; «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», en M. ROSENFELD (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy. Theoretical Perspectives*, Durham (NC), Duke U. P., 1994, 295-333; de modo que no me parece compartible la calificación de NINO como «neoconstitucionalista ideológico» en M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi*, cit., 237-238]; *b)* nunca ha refutado la tesis positivista de la separación *identificativa o conceptual* entre Derecho y moral (cfr. *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980², cap. 1; en *Derecho, moral y política*, cit., cap. 1, defiende en cambio una versión débil y pragmática de esta tesis); *c)* ha sostenido algunas formas de conexión entre Derecho y moral —la conexión *justificativa* y la conexión *interpretativa*— que son del todo compatibles con, y aún más, en cualquier modo requeridas por, el positivismo metodológico (cfr. *Derecho, moral y politica*, cit., caps. 2 y 3; «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», *Ragion pratica*, 1, 1993, 32-37).

[26] N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., caps. V y VI.

[27] Vale enunciar, en la caracterización ofrecida por N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 107-110, el conjunto de las siguientes tesis: el carácter eminentemente coactivo del Derecho (el Derecho es un conjunto de normas que se hacen valer con la fuerza, y cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social); la teoría imperativista de la norma jurídica; el estatalismo; la supremacía de la ley entre las fuentes del Derecho; la completitud y coherencia del ordenamiento, el formalismo interpretativo.

del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días»[28].

Igualmente, el neoconstitucionalismo ideológico es contrastante con el positivismo ideológico[29], y una versión actual de este contraste está representada por el debate sobre la legitimidad de la *judicial review of legislation* y sobre su compatibilidad con la democracia representativa y los valores de igualdad y de autonomía de los ciudadanos[30].

Por el contrario, el neoconstitucionalismo ideológico no es incompatible con el positivismo metodológico (y, por tanto, con una declinación positivista del neoconstitucionalismo teórico); en realidad son dos empresas intelectuales diversas: una es una empresa epistemológica, cognoscitiva, que consiste en la explicación de las características del Estado constitucional de Derecho; la otra es una empresa de filosofía política normativa, que consiste en la recomendación y en la aprobación de un cierto modelo de Estado, o bien en la asunción de una cierta ideología de las fuentes del Derecho; y, una vez que los dos planos hayan sido oportunamente distinguidos, ambas empresas intelectuales pueden ser perseguidas, sin contradicción alguna: nada impide a un iuspositivista ser *también*, sobre un plano filosófico-político, un defensor del Estado constitucional de Derecho. En otras palabras, la asunción de una posición ético-política favorable al Estado constitucional de Derecho, o a los valores encarnados en esta forma de Estado (la democracia en sentido sustancial, los derechos fundamentales de la tradición liberal y social-demócrata, etc.), no está conceptualmente conectada con la exclusiva adopción de una filosofía del Derecho neoconstitucionalista o post-positivista: una no implica la otra.

Por último, el neoconstitucionalismo metodológico, o anti-positivismo, es incompatible con el positivismo jurídico metodológico (identificable con cualquier posición

---

[28] P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., 102. Tentativas de análisis iuspositivista de las características del Estado constitucional de Derecho son ofrecidas por L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; G. PINO, «Legal Positivism in Contemporary Constitutional States», *Law and Philosophy*, vol. 18, 1999, 513-536; T. MAZZARESE, «Towards a Positivist Reading of Neo-constitucionalism», cit.; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, cit., 248-260; y también la literatura citada *supra*, nota 7.

[29] El positivismo ideológico es una doctrina de la obediencia al Derecho según la cual hay una obligación moral de obedecer al Derecho positivo. Según N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 110-112, 114-117, se presenta en dos versiones: una *versión moderada* (la existencia misma de una reglamentación jurídica, emanada por un poder que tiene el monopolio de la fuerza en un grupo social, cumple con una importante función de orden, paz social, certeza en las relaciones intersubjetivas, es decir, contribuye en sí al logro de valores considerados merecedores de ser perseguidos), y una *versión radical* (el Derecho es un valor en sí, por esto mismo el Derecho válido también es Derecho justo). El positivismo ideológico moderado es una filosofía política inteligible y sensata, que por un lado individualiza algunos valores que merecen ser perseguidos, y por otro lado señala al Derecho positivo como un instrumento plausible para perseguirlos; por el contrario, la versión radical es sobre todo una actitud o un preconcepto, que opera tácitamente cuando no se distingue entre el Derecho positivo y los valores que éste persigue.

[30] Cfr. C. NINO, «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», cit.; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford U. P., 1999; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003; J. C. BAYÓN, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. BETEGÓN, J. DE PÁRAMO y L. PRIETO SANCHÍS (comps.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, 67-138; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutional Democracy*, Cambridge, Cambridge U. P., 2007, cap. I. Para una primera introducción a este debate, cfr. P. COMANDUCCI, «Il neocostituzionalismo ideologico», en I. FANLO CORTÉS y R. MARRA (a cura di), *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Torino, Giappichelli, 2008, 141-151.

filosófico-jurídica que suscriba la tesis de los hechos sociales —todo el Derecho es sólo Derecho positivo, puesto exclusivamente por actos humanos— y la tesis de la no necesaria conexión identificativa entre Derecho y moral —la identificación del Derecho válido puede prescindir de consideraciones morales—).

1.2. La posición de FERRAJOLI

Como lo decía antes, FERRAJOLI es abiertamente crítico respecto al neoconstitucionalismo, del cual ofrece también una caracterización en parte original. En particular, al interior del área semántica del neoconstitucionalismo FERRAJOLI individualiza:

— El «ius-constitucionalismo» o «Estado constitucional de Derecho» que designa un ordenamiento jurídico en el cual existe un nivel jurídico-positivo superior a la legislación ordinaria [esto corresponde con aquello que he indicado arriba como sentido *a)* del neoconstitucionalismo].

— El constitucionalismo «argumentativo», o «principialista», en contraposición con el constitucionalismo «normativo» o «garantista». Esta contraposición es la que más interesa a FERRAJOLI, y de esto nos ocuparemos en lo que sigue de este trabajo.

El constitucionalismo principialista se basa, según FERRAJOLI, sobre la idea que los derechos fundamentales sean valores o principios morales, estructuralmente diversos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, sujetos no a subsunción, sino a ponderación legislativa y judicial. El constitucionalismo principialista puede presentarse sea en una versión iusnaturalista (representada por R. DWORKIN, R. ALEXY, M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO y G. ZAGREBELSKY: cfr. *CPCG*, nota 50), sea en una versión iuspositivista; las dos versiones son distintas por la adhesión por parte de la primera, y no por parte de la segunda, a la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral (cfr. *CPCG*, nota 4). De la calificación de los derechos fundamentales como principios, se siguen las tres principales tesis del constitucionalismo principialista: la conexión entre Derecho y moral; la distinción cualitativa entre principios y reglas; el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional [31].

En cambio, el constitucionalismo garantista es puramente positivista, y tiene como tesis fundamental la idea que los derechos fundamentales implican la existencia o imponen la introducción de las reglas que garantizan su respeto (las reglas son las garantías de los derechos): se sigue la sujeción (incluso) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, sino también sustanciales (relativas a los contenidos de las normas producidas), cuya violación genera «antinomias por comisión» o «lagunas por omisión».

Esta última es obviamente la posición teórica adoptada por el mismo FERRAJOLI quien por tanto, usando las categorías introducidas antes (§ 1), puede ser considerado,

[31] Como se puede ver, en estas acepciones del neoconstitucionalismo FERRAJOLI hace confluir indistintamente elementos que pertenecen a planos diversos: prácticas interpretativas y argumentativas [neoconstitucionalismo en sentido *b)*]; tesis sobre la estructura de la norma jurídica [neoconstitucionalismo en sentido *c)*]; tesis sobre la relación entre Derecho y moral [neoconstitucionalismo en sentido *b)*]. Como pretendí argumentar arriba (§ 1.1), sobreponer estos niveles no contribuye a la claridad y fecundidad del análisis del neoconstitucionalismo.

desde este punto de vista, un neoconstitucionalista teórico. En particular, FERRAJOLI afirma la superioridad neta del constitucionalismo garantista sobre aquel principialista, sea desde el punto de vista de la mayor capacidad explicativa del primero respecto al segundo (por ejemplo, los principialistas ven principios y ponderación en todas partes, mientras que el rol tanto de los principios como de la ponderación sería en realidad mucho más circunscrito), sea desde el punto de vista «normativo», en cuanto que sólo el constitucionalismo garantista estaría en grado de preservar la normatividad de la constitución —mientras los principialistas determinarían, en última instancia, su vaciamiento—.

Además, la posición de FERRAJOLI es adscribible también al neoconstitucionalismo ideológico porque, más allá de las tesis de tipo estrictamente teórico, incluye también una valoración abiertamente favorable a la forma de Estado encarnada en el Estado constitucional de Derecho [el significado *a)* de neoconstitucionalismo] [32], considerado como una técnica esencial para lograr la democracia en sentido sustancial y para la tutela de los derechos fundamentales en la forma de derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales — mientras FERRAJOLI es claramente crítico respecto a las prácticas argumentativas ampliamente difusas en las culturas jurídicas constitucionalizadas [el significado *b*) de neoconstitucionalismo]. FERRAJOLI en otras palabras asocia, de modo declarado, una filosofía política a la teoría del Derecho, y ambas son parte de «un proyecto normativo que requiere ser realizado a través de la construcción —mediante políticas y leyes de actuación— de garantías idóneas e instituciones de garantía» (*CPCG*, § 3).

Incidentalmente, se puede notar que el nexo estrechísimo que FERRAJOLI establece entre teoría del Derecho y filosofía política provoca algunas distorsiones de perspectiva que, a mí me parece, dirigen cada vez más a FERRAJOLI en la dirección del neoconstitucionalismo ideológico (con el riesgo de que la ideología termine, por tanto, por contaminar la teoría). Un ejemplo de esta superposición entre teoría e ideología (o filosofía política) es el siguiente: FERRAJOLI presenta el constitucionalismo garantista como una evolución y un complemento del paradigma iuspositivista, no sólo porque éste ofrecería al positivismo los instrumentos teóricos para comprender la estructura del Estado constitucional (hasta aquí se trata de una afirmación del todo pacífica, por lo menos entre los iuspositivistas), sino también porque permitiría democratizar los *contenidos* de la producción normativa, mientras el «primer positivismo» consentía una democratización sólo de las *formas* de la producción normativa [33].

Esta tesis suena un poco extraña. Primero, no es claro en qué sentido se hable, aquí, de positivismo jurídico: ¿positivismo en sentido teórico, metodológico, o ideo-

---

[32] En efecto, de tal forma de Estado, o de tal conformación del ordenamiento jurídico, FERRAJOLI parece refutar un solo aspecto: la formulación vaga e indeterminada de los derechos fundamentales por parte de las constituciones «largas»: cfr. *CPCG*, § 6; *Id.,* «I diritti fondamentali nella teoria del diritto», en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 119-175 (158); sobre esto, *vid.* también *infra*, § 2.

[33] *CPCG*, § 3: «Sólo la rígida disciplina positiva de la producción jurídica está en condiciones de democratizar sus formas y contenidos. El primer iuspositivismo del Estado legislativo de Derecho equivale a la positivización del "ser" legal del Derecho, que permite la democratización de sus formas de producción, *condicionando su validez formal a su carácter representativo*, sobre el cual se funda la dimensión *formal* de la democracia política» (las primeras cursivas son mías, la segunda es del texto original).

lógico? En realidad, parece que aquí FERRAJOLI use «positivismo jurídico» para designar al mismo tiempo *una forma de Estado*, es decir, el Estado legislativo del siglo XIX, *y la ideología* que ha acompañado su formación. En segundo lugar, el nexo establecido por FERRAJOLI entre positivismo jurídico y democracia (incluso democracia en sentido formal-procedimental) es discutible desde un punto de vista historiográfico, ya que el positivismo jurídico se desarrolla como teoría (e ideología) del Estado de Derecho del siglo XIX, que ciertamente no se puede considerar como un modelo de Estado democrático y de democracia representativa [34]. En tercer lugar, al menos si adoptamos el punto de vista del positivismo metodológico (que concibe el Derecho como un hecho, como el producto de específicos actos humanos), el carácter democrático representativo de los procedimientos que se siguen para producir el Derecho no juega de forma directa ningún rol [35]: las herramientas conceptuales de KELSEN, por ejemplo (quien fue incluso un ferviente demócrata), no requiere de ningún modo que la delegación de la autoridad normativa (el carácter nomodinámico del Derecho) se otorgue a órganos representativos —y en esto está precisamente la «pureza» de la teoría kelseniana [36]—. Dicho esto, incluso es verdad que *algunas características* del modelo teórico positivista se prestan a interesantes desarrollos en términos de teoría democrática (por ejemplo, el énfasis mismo sobre la positividad del Derecho abre inmediatamente la pregunta sobre quién es el sujeto autorizado para poner y modificar el Derecho, y con qué forma de legitimación) [37], y de hecho un autor iuspositivista como Uberto SCARPELLI ha sostenido, de modo notorio, la oportunidad política de una *integración «democrática»* del positivismo jurídico (la adhesión al positivismo jurídico está políticamente justificada sólo si éste se integra con valores democráticos) [38] —esto demuestra, *a contrario*, que el vínculo entre positivismo y democracia es absolutamente contingente—.

De todos modos, en los parágrafos siguientes intentaré examinar las objeciones que FERRAJOLI dirige al constitucionalismo principialista, no para defender tal posición teórica, sino para verificar, sobre todo, si el constitucionalismo garantista sea efectivamente preferible desde un punto de vista explicativo o desde uno normativo, por lo menos con referencia a los tres temas ya señalados de la definición y rol de los principios (§ 2), de la ponderación (§ 3), y de la separación entre Derecho y moral (§ 4).

---

[34] Sobre los orígenes históricos del positivismo jurídico y su vínculo con el Estado del siglo XIX, cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico,* 1961, Torino, Giappichelli, 1996. Pero si se considera que, lo que le parece a muchos, el primer iuspositivista en la historia de las ideas ha sido Thomas HOBBES, el vínculo histórico entre positivismo y democracia se disuelve del todo.

[35] Cfr. M. HARTNEY, «Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation», *Ratio Juris*, vol. 7, 1, 1994, 44-55: *«Legal positivism is simply a theory about what counts as law and nothing else: Only rules with social sources count as legal rules. [...] Some theorists may be legal positivists because they are moral skeptics or utilitarians or political authoritarians or because they believe all laws are commands, but none of these theories are part of legal positivism»* (48).

[36] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Statu,* 1945, Milano, Etas, 1994, 445-446: «El ideal del positivismo jurídico es preservar la teoría del Derecho positivo respecto a la influencia de cualquier tendencia política o, lo que es lo mismo, de cualquier juicio subjetivo de valor».

[37] Consideraciones de este tipo son desarrolladas, p. ej., por J. WALDRON, «Can There Be a Democratic Jurisprudence?», *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, 675-712; WALDRON pone también en evidencia los perfiles sobre los cuales el modelo positivista no ofrece ninguna contribución a la teoría de la democracia.

[38] U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 149.

2. SOBRE EL DERECHO NEOCONSTITUCIONALISTA «POR PRINCIPIOS»

FERRAJOLI plantea tres tipos de crítica a la distinción entre reglas y principios (y en realidad a la configuración misma de la categoría de los principios): escaso alcance empírico, escasa fuerza explicativa, consecuencias prácticas nefastas de la distinción (el debilitamiento del valor vinculante de las normas constitucionales). Por tanto, de las tres críticas las primeras dos son de carácter teórico-general, la tercera es normativa y de política del Derecho. FERRAJOLI propone además sustituir las definiciones que circulan en la literatura «principialista» (los principios son ponderables y derrotables, son «preceptos de optimización», son normas que no se aplican, sino que «se respetan», etc.) con una distinción entre principios «directivos» y principios «regulativos» —los primeros consisten en directivas para el legislador futuro, los segundos son, en cambio, inmediatamente vinculantes y se aplican por medio de la subsunción; además, están también los principios que atribuyen derechos sociales, que tienen características tanto de los principios «directivos» como de los principios «regulativos»—. No obstante, en lo que sigue, me ocuparé sólo de los principios regulativos.

En lo que concierne al aspecto teórico de la cuestión, FERRAJOLI, por un lado, asume como blanco de crítica la teoría de la distinción «fuerte» entre reglas y principios (la tesis según la cual reglas y principios son dos tipos de normas mutuamente exclusivas, que tiene propiedades claramente distintas e incompatibles), que es compartida en una forma u otra por todos los autores adscribibles al constitucionalismo «principialista» no positivista, mientras que los autores que se adhieren a cualquier forma del iuspositivismo normalmente defienden la teoría de la distinción débil (cuantitativa, gradual) entre reglas y principios [39]. A la teoría de la distinción fuerte, FERRAJOLI opone la idea que entre reglas y principios se dé únicamente una diferencia de *estilo*, en la formulación de las respectivas disposiciones: los principios son normas formuladas «con referencia a su respeto y no —como ocurre con las reglas— a su violación y a su consiguiente aplicación» (*CPCG*, § 5).

Por consecuencia, según FERRAJOLI, reglas y principios son en realidad la misma cosa, o mejor son dos caras de la misma moneda: un principio se convierte en una regla cuando es violado (y, por tanto, aquellos que son designados como principios son, en realidad, reglas que son observadas desde una específica perspectiva): «cualquier principio que enuncia un derecho fundamental —por la recíproca implicancia que liga a las expectativas en que consisten los derechos, con las obligaciones o pro-

[39] Personalmente, soy un sostenedor de la teoría de la distinción débil entre reglas y principios (para una defensa de esta posición, reenvío a G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III; *Id.,* «Principi e argomentazione giuridica», *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131-158). No obstante, considero que sería ingenuo poner muchas esperanzas en la distinción «débil» para una eficaz defensa del positivismo jurídico. El argumento de la distinción débil, en realidad, no sólo pone en evidencia que los principios son similares a las reglas (por ejemplo, porque también los principios están sujetos a un test de validez): también pone en evidencia que las reglas son similares a los principios, que su aplicación es susceptible de valoraciones «ponderativas», particularistas y graduales peligrosamente cercanas a formas de argumentación moral. Por tanto, la distinción débil es un arma de doble filo: si es verdad que reglas y principios presentan muchas similitudes, esto podría generar perplejidad sobre la idoneidad del paradigma iuspositivista para dar cuenta de la existencia y del rol *de las mismas reglas*.

hibiciones correspondientes— *equivale* a la regla consistente en la obligación o en la prohibición correspondiente» (*CPCG*, § 5, cursiva adicionada)[40].

Creo que esta caracterización extremadamente debilitada de los principios sea insatisfactoria, por dos órdenes de razones. En primer lugar, es insatisfactoria porque está sujeta a una simple falsificación: es verdad que *los principios expresos* son por lo general formulados con referencia a su respeto, pero por el contrario, banalmente, no es verdad que *las reglas* sean siempre formuladas haciendo referencia a su violación (un examen rápido de los textos normativos más comunes lo puede confirmar: ni siquiera la norma sobre el homicidio en el Código Penal italiano está formulada haciendo referencia a su violación[41]; lo mismo puede decirse de normas constitutivas como aquéllas sobre la adquisición de la mayoría de edad, o sobre la formación de los contratos y de los otros actos jurídicos; de normas que reglamentan actos procesales, etc.)[42]. Más bien, las reglas son formuladas teniendo en consideración una conducta, un comportamiento más o menos determinado, y asociando a ésta una calificación deóntica o de todos modos una consecuencia jurídica más o menos determinada[43]. Y es precisamente en este «más o menos determinada» que reside un aspecto importante de la diferencia entre las reglas y los principios, visto que en el caso de los principios tanto el supuesto de hecho como (sobre todo) la consecuencia jurídica son muy genéricas e indeterminadas: un principio puede ser aplicado en muchos modos diversos, y no todos previsibles *ex ante* de modo exhaustivo[44].

En segundo lugar, el plantemiento de FERRAJOLI es insatisfactorio porque estipular una diferenciación meramente de estilo entre reglas y principios, con el fin de subrayar en última instancia la equivalencia entre reglas y principios, deja en la sombra un aspecto que me parece esencial del concepto de principio jurídico: me refiero a la dimensión «normogenética» de los principios, su capacidad para justificar otras normas (otras normas ya existentes, respecto a las cuales el principio es individualizado como la *razón*; o bien otras normas —implícitas— que el mismo intérprete debe formular argumentativamente a partir del mismo principio)[45].

---

[40] *CPCG*, § 5: «Principios en materia de derechos y reglas en materia de deberes, son, en resumen, las dos caras de una misma moneda, equivaliendo la violación de los primeros —ya sea por comisión o por omisión— a la violación de las segundas».

[41] Art. 575 CP: «Cualquiera que ocasione la muerte a un hombre es castigado con una reclusión no inferior a veintiún años».

[42] Me doy cuenta de que estoy jugando, por lo menos en parte, con la ambigüedad entre normas dirigidas a los órganos de aplicación (normas primarias en sentido kelseniano) y normas dirigidas a los ciudadanos (normas secundarias en sentido kelseniano). Pero si consideramos el Derecho como un ordenamiento principalmente nomodinámico, como también lo hace FERRAJOLI, entonces la perspectiva de los órganos de aplicación es prioritaria respecto a aquella de los ciudadanos.

[43] Cfr. S. PERRY, «Two Models of Legal Principles», *Iowa Law Review*, vol. 82, 1997, 787-819: *«The explicit content of principles is value-oriented, whereas that of rules is action-oriented»* (788).

[44] Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., 127: cuando debe aplicar un principio, «el juez carece de una consecuencia jurídica concluyente para aplicar al caso».

[45] Sobre la función «normogenética» de los principios, cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano,Giuffrè, 1971², 317 (los principios tienen «una función genética respecto a las normas»); J. RAZ, «Legal Principles and the Limits of Law», *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, 823-854 (*«principles as grounds for making new rules»,* 841); S. BARTOLE, «Principi generali del diritto (diritto costituzionale)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, 515, 531; F. MODUGNO, «Principi generali dell'ordinamento», en *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, 4, 8-9; U. SCARPELLI, «Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica», en S. CAPRIOLI y F. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*,

Por tanto, hace parte exactamente de la naturaleza de los principios solicitar reglas de actuación: la aplicación de un principio es siempre mediada por una regla, y la relación entre principios y reglas no es de equivalencia, sino de justificación (el mismo FERRAJOLI reconoce además que «se puede incluso afirmar que detrás de cada regla hay también un principio»: *CPCG*, 38). Y por otra parte, puesto que los principios son genéricos e indeterminados (como FERRAJOLI también lo admite), entonces un principio podrá justificar muchas normas diversas, en lugar de ser equivalente a una única regla. Una cuestión en absoluto diversa es, obviamente, la individualización del sujeto institucional al cual debe ser atribuido la realización de *determinatio*, si sólo al legislador o también a los jueces [46] —y nótese que es este problema el que precisamente le interesa más a FERRAJOLI—: en efecto, la idea de FERRAJOLI es que los principios constitucionales deben ser aplicados sólo por el legislador, el cual dará lugar o a Derecho legítimo (si aplica bien los principios constitucionales) o a Derecho ilegítimo (si omite aplicarlos, o si los aplica mal violándolos activamente) [47]. Pero ésta es una cuestión de política del Derecho, no de teoría del Derecho, la cual no puede ser resuelta con una jugada puramente definitoria como la de postular una diferencia sólo estilística entre reglas y principios [48].

Ahora bien, tanto la dimensión normogenética de los principios, como la posibilidad de que un principio justifique normas diferentes, resultan de hecho anuladas por la tesis de la equivalencia entre reglas y principios, según la cual a cada principio corresponde una única y específica regla (que representa la prohibición de violar el principio). La tesis de la equivalencia, en otras palabras, me parece que adolece, y no por casualidad, de un defecto teórico simétrico respecto a la tesis de la distinción fuerte entre reglas y principios: como la tesis de la equivalencia (o de la distinción muy débil) no logra explicar adecuadamente el funcionamiento de los principios, la tesis de la distinción fuerte no logra tampoco dar cuenta del funcionamiento de las reglas, ya que construye un modelo de regla del todo artificial (las reglas serían siempre inderrotables por consideraciones de «peso», etc.) que no encuentra contraparte en la realidad [49].

Perugia, Stabilimento Tipografico Pliniana, 1992, 31-44 (39: los principios como «matrices y generadores de normas»); F. VIOLA y G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 386; G. ZAGREBELSKY, *La legge e il suo diritto*, cit., 219; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III.

[46] Cfr. a propósito B. CELANO, «Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de Derecho», 2005, en *Id., Derecho, justicia, razones*, cit., 281-298.

[47] Cfr. *CGCP*, 34: «En el modelo del constitucionalismo iuspositivista, la reparación de las lagunas y de las antinomias en las que aquéllas se manifiestan no se confía al activismo interpretativo de los jueces, *sino sólo a la legislación*, y, por ello, a la política, en lo que se refiere a las lagunas, y a la anulación de las normas inválidas —y por tanto a la jurisdicción constitucional—, en lo que se refiere a las antinomias» (cursiva mía).

[48] Esto podría ser otro caso en el cual la filosofía política de FERRAJOLI, inspirada por una separación rigurosa entre funciones de gobierno (entre las cuales está la legislación) y funciones de garantía (entre las cuales está la jurisdicción), termina por caer pesadamente sobre las categorías teóricas, deformándolas: FERRAJOLI está en contra, en un ámbito filosófico-político, de los ejercicios de creatividad jurisprudencial, y entonces postula en ámbito teórico la equivalencia entre reglas y principios —lo cual es en realidad una directiva meta-interpretativa que impone a los jueces la interpretación restrictiva de las normas de principio— (para la distinción entre función de gobierno y función de garantía, *vid.* L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., 869-875).

[49] Sobre la incapacidad de las teorías de la distinción fuerte para explicar el funcionamiento de las reglas (tanto que, aceptando tal enfoque, las reglas no existirían), cfr. T. ENDICOTT, «Three Puzzles about Legal Rules», en P. CHIASSONI (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, 65-82 (a propósito de DWORKIN); B.

Hasta aquí los presuntos defectos teóricos de la categoría de los principios. Por otra parte, está la tesis normativa, de política del Derecho, según la cual el uso de (y el énfasis sobre) los principios tiene efectos indeseables de debilitamiento de la normatividad de las constituciones. Creo que este riesgo es exagerado. No es inevitable que el uso argumentativo de los principios constitucionales determine su debilitamiento normativo (o de todas maneras un debilitamiento de la constitución): de hecho, en Italia, muchos principios constitucionales han adquirido normatividad sólo, o en primer lugar, gracias a la actividad interpretativa de la jurisprudencia y de la doctrina, mientras que el legislador mantenía en consideración una condición de culpable inercia [50]; en la cultura jurídica italiana de la segunda mitad del siglo veinte (en particular a partir de finales de los años sesenta), la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional ha sido un factor primario para asegurar la normatividad de la constitución, mucho más que el poder legislativo: la fuerza preceptiva de la constitución es resultado de la constitucionalización de la cultura jurídica. Ha sido precisamente la constitucionalización de la cultura jurídica con su bagaje de prácticas interpretativas y argumentativas más o menos atrevidas (la interpretación adecuadora, el efecto de irradiación, la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces ordinarios, etc.) la que ha favorecido la cada vez mayor penetración de la constitución en el ordenamiento jurídico italiano, y la que le ha hecho adquirir valor totalmente normativo y no sólo de invitación y programa dirigido al legislador. Obviamente, se pueden tener las opiniones más diversas sobre la *legitimidad* de la «suplencia judicial» respecto a la inercia del legislador, pero lo que se ha observado hace poco sobre la historia reciente de la cultura jurídica italiana es suficiente para contradecir la tesis según la cual el uso jurisprudencial de los principios los debilite (o los debilite necesariamente).

El riesgo de protagonismo judicial excesivo podría de todas maneras evitarse, según FERRAJOLI, recurriendo a formulaciones más rigurosas, claras, precisas, de los textos constitucionales, que eviten decisiones muy creativas por parte de la jurisprudencia.

Aunque aquí no tengo el espacio para argumentar de manera satisfactoria en contra de esta tesis [51], considero que sea difícilmente plausible, incongruente, que una constitución contenga regulaciones detalladas, derechos formulados y regulados de manera circunstanciada y precisa (como en cambio sí esperaríamos encontrar en un texto legislativo, que precisamente tiene la función no de proclamar un derecho o principio, sino de regular su ejercicio y aplicación). Muy brevemente, las razones por las cuales esto no sería plausible tienen que ver con la circunstancia que, en el contexto de los Estados constitucionales de Derecho, las constituciones tienen las siguientes características principales: *a)* son fruto de compromisos entre diversas fuerzas políticas que expresan visiones diversas de la sociedad; *b)* tienen por lo general una connotación pluralista, que deriva de su carácter de pacto y compromiso: de modo que asumen el

---

CELANO, «Principios, reglas, autoridad», cit. (a propósito de ATIENZA y RUIZ MANERO); A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit., 141-143 (a propósito de ALEXY).

[50] A propósito de esto, *vid.,* entre otros tantos, P. F. GROSSI, *Attuazione e inattuazione della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2002.

[51] Para un argumento más detallado reenvío a G. PINO, «Il linguaggio dei diritti», *Ragion pratica*, 31, 2008, 393-409; *Id., Diritti e interpretazione*, cit., cap. V; *vid.* además B. CELANO, «¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?», 2002, en *Id., Derecho, justicia, razones*, cit., 195-234; R. BIN, «Che cos'è la Costituzione?», *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, 11-52.

pluralismo (la diversidad de las concepciones del bien, de la vida buena, de la libertad, de las relaciones sociales) no sólo como un dato de hecho, sino también como un valor para ser preservado, y quizás el único (meta-)valor que es más importante que los otros; *c)* deben aplicarse, potencialmente, a toda la sociedad: una constitución es, casi literalmente, un proyecto orgánico de fundación de un orden social, y *d)* están pensadas para durar por mucho tiempo.

Si esta representación de las características principales de las constituciones contemporáneas es correcta, entonces el carácter indeterminado de las cláusulas constituciones es precisamente la mejor garantía de la conservación en el tiempo de la autoridad y normatividad del texto constitucional. A fin de cuentas, si fuese necesario someter el texto de la constitución a una modificación formal cada vez que la formulación, de por sí rigurosa y precisa, de los derechos en tal texto contenidos se volviese obsoleta, esto produciría al menos dos consecuencias indeseables: en primer lugar, hasta que la modificación de la constitución no haya sido efectivamente perfeccionada, el texto constitucional resultará obsoleto (y, por tanto, desacreditado) [52]; en segundo lugar, sería percibido como totalmente legítimo e incluso indispensable, por parte de la cultura jurídica y de las fuerzas políticas, someter a modificaciones frecuentes al texto constitucional (para mantenerlo a pesar del paso del tiempo).

Me parece del todo evidente que ambas consecuencias se traducirían bien pronto en una muy probable desvalorización de la fuerza normativa de la constitución (un texto que envejece deprisa, y que está bien modificarlo continuamente).

3. SOBRE LA PONDERACIÓN

Uno de los efectos negativos del constitucionalismo principialista es, según FERRAJOLI, la difusión de la ponderación como técnica de argumentación jurídica. Esta crítica de FERRAJOLI parece dirigirse tanto a los teóricos que han conceptualizado, y quizás también fomentado, esta técnica argumentativa, como a las cortes que de hecho la emplean. En realidad, FERRAJOLI reconoce que la ponderación representa una técnica del todo legítima y fisiológica en un ordenamiento jurídico: sea en el ámbito de las elecciones legislativas, sean en el ámbito de la interpretación judicial; no obstante, considera que el rol reconocido a esta técnica haya sido excesivamente enfatizado, sea respecto a cuanto de hecho sucede, sea, sobre el plano normativo, respecto a aquello que debería ser el perímetro justo de los poderes del legislador y de los jueces.

Respecto a la *ponderación legislativa*, FERRAJOLI afirma que ésta es ciertamente requerida por los *principios directivos* y también, al menos en parte, por los *derechos sociales*; en cuanto a lo que concierne a los *principios regulativos*, en cambio, éstos normalmente no requieren ponderación, a menos que no estén sometidos a limitaciones (expresas) por parte de los principios directivos (por ejemplo un derecho de libertad que es limitado por exigencias de «seguridad» genéricamente formuladas).

[52] ¿A cuántas modificaciones habría sido necesario someter un texto constitucional que hubiese regulado de modo detallado la libertad de manifestación del pensamiento, o el derecho a la *privacy*, así como eran conocidos hace sesenta años?

Este cuadro es, con la excepción que diré, compartible; y FERRAJOLI tiene absolutamente razón, además, en subrayar que por lo general la relación entre derechos fundamentales no es sólo de conflicto, sino también de «sinergia»: de hecho, por lo general, el valor de un Derecho deriva, *inter alia*, de la existencia de otros Derechos; normalmente el goce de un derecho fundamental requiere que también sean reconocidos y garantizados otros derechos fundamentales.

No obstante tengo la impresión que el cuadro propuesto por FERRAJOLI termine por confirmar, antes que desmentir, la tesis «principialista» de la inevitabilidad de la ponderación (incluso, en este caso, de la ponderación legislativa); de hecho, si leemos el modo en el cual son formulados los derechos fundamentales en un texto constitucional contemporáneo o en una «carta de derechos» (por comodidad hago implícitamente referencia a la constitución italiana, pero lo mismo se podría decir, creo, para la constitución española, para el CEDH, etc.), nos damos cuenta inmediatamente que la gran mayoría de los derechos fundamentales, aun cuando proclamados por principios regulativos, incorporan excepciones y limitaciones provenientes de principios directivos: «orden público», «utilidad social», «dignidad humana», «motivos de sanidad o de seguridad», etc. Además, y esta es la excepción a la que hacía referencia arriba, no es así seguro, a menos de convertirlo en una verdad analítica por medio de la estipulación, que los derechos fundamentales reconocidos por los principios regulativos no entren en conflicto entre ellos: un ejemplo, además, lo ofrece el mismo FERRAJOLI, cuando indica la posibilidad de conflicto entre libertad de prensa y derecho a la intimidad[53]. De este modo el espacio de los conflictos y de las relativas ponderaciones se extiende de modo ulterior.

Por tanto, es discutible la conclusión que «en la mayor parte de los casos generalmente analizados [...] los principios se aplican a sus violaciones sin que necesariamente intervengan —más que en otros juicios— ponderaciones y opciones subjetivas de valor» (*CGCP*, 43): por el contrario, se podría más bien afirmar que las hipótesis de aplicación categórica de un principio son las más raras, y que a menudo el principio aplicado categóricamente ha sido previamente objeto de una oportuna —y quizás tácita— delimitación a la luz de otros principios. En todo caso, al menos uno de los ejemplos que FERRAJOLI aduce sobre aplicación por medio de subsunción de un principio (las discriminaciones en violación del principio de igualdad) parece infeliz, porque la aplicación del principio de igualdad implica *necesariamente*, y no contingentemente, valoraciones sustanciales sobre la admisibilidad, razonabilidad, etc., de una cierta discriminación legislativa (hacer distinciones es, en un cierto sentido, parte del trabajo cotidiano del legislador).

Respecto a la *ponderación judicial*, FERRAJOLI subraya que la ponderación no representa ni una novedad aparecida con el Estado constitucional de Derecho y la cons-

[53] Cfr. *CGCP*, 49 (en las categorías de FERRAJOLI, se trata respectivamente de un derecho de libertad y de un derecho de inmunidad). He discutido más ampliamente el tratamiento ferrajoliano de los conflictos entre derechos fundamentales en G. PINO, «Conflictos entre derechos fundamentales. Una critica a Luigi Ferrajoli», *Doxa*, 32, 2009, 647-664; cfr. además J. J. MORESO, «Sobre los conflictos entre derechos», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, 159-170; L. PRIETO SANCHÍS, «*Principia iuris*: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional», cit., 340-351; A. PINTORE, «Il nome delle cose. In margine a *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli», *Sociologia del diritto*, 2009, 2.

titucionalización de la cultura jurídica, ni una técnica exclusiva de la interpretación constitucional —y esto es del todo compartible [54]—; según FERRAJOLI la ponderación representa «poco más que una expresión nueva para denominar a la vieja "interpretación sistemática"» (*CGCP*, 46) —esta afirmación es también en ciertos aspectos incontestable [55], si entendemos genéricamente la interpretación sistemática como una técnica basada en utilizar, en el procedimiento interpretativo sobre una norma, todas o algunas otras normas del sistema—.

Por otra parte, la reconducción de la ponderación a la interpretación sistemática termina siendo poco informativa, ya que «interpretación sistemática» no designa una específica técnica interpretativa, sino una entera familia de técnicas interpretativas, unidas por el hecho de hacer, en algún sentido, referencia al sistema, o a partes de éste, o de cualquier modo al contexto en el cual está ubicada la disposición objeto de interpretación [56]. Por tanto, definir la ponderación como un miembro de la familia de la interpretación sistemática dice poco, hasta que no se aclare *de qué modo* la ponderación considere las otras normas relevantes: cuál sea la peculiaridad de la ponderación en el ámbito de las técnicas interpretativas sistemáticas.

Ahora bien, FERRAJOLI hace referencia a dos ulteriores elementos para caracterizar la ponderación: en primer lugar, el mayor grado de discrecionalidad que la ponderación comporta respecto a las otras técnicas, determinado por la necesidad de establecer, con un juicio subjetivo de valor por parte del juez, el «peso» de las normas que son objeto de ponderación. En segundo lugar, el hecho que, según FERRAJOLI, la ponderación tiene por objeto no normas o principios, sino las «circunstancias de hecho» que justifican la aplicación de las normas: son por tanto las diversas circunstancias de hecho que se presentan en los diversos casos que hacen que en un caso se deba aplicar un cierto principio, y en otro caso otro principio.

En mi opinión, esta línea de argumentación es sorprendente: ¿en qué sentido, en realidad, se pueden ponderar «hechos»? Un hecho, en sí, no «pesa» más o menos que otro hecho: los hechos adquieren relevancia, y por tanto «peso», en el Derecho como en otro lugar, sólo a la luz de algún criterio normativo, como lo puede ser una norma jurídica (regla o principio), una valoración moral o equitativa, una estimación eco-

---

[54] Sobre este punto, cfr. G. PINO, «Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali», cit., esp. 222-230 (para una sintética genealogía de la ponderación); *Id., Diritti e interpretazione*, cit., cap. VII (para la distinción entre ponderación entre principios constitucionales —ponderación «como técnica»— y ponderación en los otros sectores del Derecho —ponderación «como lógica»—); cfr. también R. BIN, «Ragionevolezza e divisione dei poteri», *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2002; M. BARBERIS, «Legittima difesa e bilanciamenti», en A. BERNARDI, B. PASTORE y A. PUGIOTTO (comps.), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, Giuffrè, 2008, 85-104 (esp. 86-89).

[55] *Vid.* en este sentido también M. DOGLIANI, «Il "posto" del diritto costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 525-544 (531). Es verdad, por otro lado, que es controvertido si la ponderación es realmente configurable como un tipo de *interpretación*: cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 60-61; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 296.

[56] Por ejemplo, el *«combinato disposto»;* el argumento topográfico, o de la *sedes materiae*; el argumento de la constancia terminológica, y también aquél de la inconstancia terminológica; el argumento conceptualista, o dogmático; el argumento de los principios en general; la interpretación adecuadora (cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 375-378; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 167-176).

nómica, etc. [57]; también en los ejemplos considerados por FERRAJOLI (la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes, o de las causas de justificación, en un juicio penal) las circunstancias de hecho sólo son visibles a la luz de un criterio normativo, que a veces puede no estar explicitado, y otras veces puede ser enteramente remitido a la apreciación del juez [58]. Se sigue que, si por ejemplo el criterio relevante es un principio constitucional, la ponderación consiste en atribuir un peso a los principios relevantes (peso que podrá ser influenciado, obviamente, por la consideración de las circunstancias fácticas: por la importancia que cada principio asume respecto a las circunstancias de hecho relevantes) [59]. Temo que presentar diversamente la cuestión, además de ser discutible sobre el plano teórico, tiene el riesgo de dejar en la sombra el hecho que son balanceados, y aplicados según un orden de preferencia, exactamente principios constitucionales —con la relativa asunción de responsabilidad institucional que esto comporta—.

4. LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

En fin, el último elemento objeto de crítica del constitucionalismo principialista por parte de FERRAJOLI es la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral; FERRAJOLI reclama, contra esta tesis, la superioridad de la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, en el sentido que «la existencia o la validez de una norma no implica en absoluto su justicia, y ésta no implica en absoluto su validez» (*CGCP*, 31). En particular, la tesis de la separación entre Derecho y moral, en la formulación poco antes vista, no sería puesta en peligro por la acaecida positivización en los textos constitucionales de los Derechos naturales y de los principios éticos provenientes de la tradición del iusnaturalismo iluminista.

Aunque estoy de acuerdo con la afirmación de FERRAJOLI, considero que sea necesario identificar más detalladamente varios aspectos del problema de las relaciones entre Derecho y moral; de este modo se podrá destacar que muchos tipos de conexión entre Derecho y moral son clara o banalmente necesarios (hasta aquí poco importa que se trate de una necesidad conceptual o de una necesidad empírica); que ningún defensor del positivismo jurídico tenga razón para negarlos; y que más bien (una vez

[57] Una objeción análoga a aquélla formulada en el texto está en P. CHIASSONI, «La defettibilità nel diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 471-506 (esp. 476-477), a propósito de la así llamada derrotabilidad «óntica» —es decir, la idea que algunas veces los que son derrotables son los hechos, y no las normas— (tesis sostenida p. ej., en J. HAGE, «Law and Defeasibility», en *IVR - Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, diciembre de 2004; G. SARTOR, «Sillogismo e *defeasibility*. Un commento su *Rhetoric and the Rule of Law* di Neil MacCormick», *Diritto & Questioni pubbliche*, 9, 2009, 9-27, 21).

[58] Sobre los modos en los cuales el Derecho de vez en cuando impide o requiere al juez que recurra a argumentos y valoraciones morales, *vid.* J. RAZ, «Incorporation by Law», 2004, en *Id., Between Authority ad Interpretation*, Oxford, Oxford U. P., 2009, 182-202.

[59] Por ejemplo, a la libertad de expresión puede ser atribuido un peso diverso si es considerado en el ámbito de un debate político, o en el ámbito de investigaciones periodísticas de interés público, o de una publicidad comercial; a la tutela de la intimidad puede ser atribuido un peso diverso si se trata de una figura pública o de un ciudadano común (por lo general la primera está menos garantizada que la segunda), o hace referencia a hechos banales e insignificantes o a hechos «sensibles» como información sobre la salud, la vida sexual (*id.*); al derecho a la salud puede ser atribuido un peso diverso según se haga referencia a elecciones de fin de vida o a la libertad de no vacunarse, etcétera.

sustentada la tesis positivista de la separación, en la forma específica requerida por el positivismo jurídico) es muy oportuno que los iuspositivistas presten mayor atención teórica a algunas de estas conexiones. Todo esto, en otras palabras, para evitar el riesgo que una tesis que aunque siendo del todo exacta como aquella enunciada por FERRAJOLI y por casi todos los iuspostivistas, se reduzca a ser un fortín inexpugnable, pero puesto en guardia en un territorio ya ampliamente conquistado por los bárbaros.

Hablaré genéricamente de «relaciones» entre Derecho y moral, y con esto quiero dejar abierta, por el momento, la cuestión acerca de si la relación, que de vez en cuando se toma en consideración, tiene el carácter de una conexión necesaria, o de una conexión sólo empírica y contingente (y, por tanto, se trate de una relación de «separabilidad»), o de una verdadera y precisa separación (es decir, la necesidad de una no conexión) —por otra parte, para algunas de la hipótesis que veremos enseguida, entender si se trata de una relación necesaria o más bien contingente termina siendo, después de todo, un aspecto secundario de la cuestión [60]—.

R_1) Relaciones *identificativas* entre Derecho y moral: relacionadas, obviamente, con el problema de la identificación del Derecho [61]. Este problema puede ser puesto en al menos tres planos distintos [62]:

R_{1a}) El problema de la identificación del *concepto de Derecho* (y, por tanto, el problema de la definición del Derecho, el problema del *¿quid ius?*); desde este punto de vista, la tesis de la conexión sostiene que la definición del concepto de Derecho incluye necesariamente elementos morales [63], mientras que la tesis de la separación sostiene que el concepto de Derecho puede o debe ser reducido a elementos puramente fácticos;

R_{1b}) El problema de la identificación *de las fuentes del Derecho*; desde este punto de vista, la tesis de la conexión sostiene que las fuentes del Derecho, o algunas de estas, pueden ser identificadas a través de consideraciones de naturaleza moral (por ejemplo, podrían ser consideradas fuentes del Derecho: la equidad, determinados preceptos morales, la naturaleza de las cosas, la intuición moral, etc.); en cambio, la tesis de la separación sostiene que las fuentes del Derecho consisten sólo en hechos empíricamente comprobables (principalmente, hechos humanos), sin hacer alguna referencia a consideraciones morales; eventualmente, la moral puede desarrollar el rol de fuente del Derecho si esto está contingentemente previsto por la norma de reconocimiento

---

[60] Como afirma M. BARBERIS, «Una disputa quasi oxoniense. Raz vs. Alexy sul positivismo giuridico», *Ragion pratica*, 34, 2010, 203-220, «conexiones contingentes (entre Derecho y moral) pueden resultar no menos interesantes e importantes» (220).

[61] Las primeras tres formas de relación (identificativa, justificativa, interpretativa) reelaboran una importante clasificación ya propuesta por C. NINO, *Derecho, moral y política*, cit.; cfr. también P. COMANDUCCI, «Las conexiones entre el Derecho y la moral», *Derechos y libertades*, VIII, 12, 2003, 15-26; M. BARBERIS, «Una disputa quasi oxoniense», cit., NINO y BARBERIS hablan de conexión (o separación) *conceptual* o *definitoria*, allá donde yo he preferido usar (como COMANDUCCI) *identificativa*; las razones de esta elección resultarán aclaradas dentro de poco.

[62] Una análoga distinción entre varias formas de relación identificativa ha sido evidenciada en M. BARBERIS, «Una disputa quasi oxoniense», cit., 216-220; un señalamiento en tal sentido se encuentra ya en L. GIANFORMAGGIO, «Rapporti tra etica e diritto», 1990, en EAD., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, 43-59 (a 45).

[63] Para una valoración crítica de este *«definitional approach»* a la cuestión de la relación entre Derecho y moral, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford U. P., 1975, 1990², 163-165.

de un cierto sistema jurídico (y la existencia de la norma de reconocimiento es a su vez un hecho, de modo que el fundamento último de la identificación del Derecho sigue siendo de tipo fáctico);

R_{1c}) El problema de la identificación *de las normas jurídicas*; desde este punto de vista, la tesis de la conexión sostendrá que la interpretación jurídica «en sentido estricto» (la atribución de significado a documentos normativos, el problema del *¿quid iuris?*), requiere necesariamente valoraciones y argumentos morales, mientras que la tesis de la separación sostendrá que valoraciones y argumentos morales nunca son requeridos, o que lo son sólo de modo contingente, en la interpretación jurídica.

R_2) Relaciones *interpretativas* entre Derecho y moral: consideran el problema de si la actividad de interpretación «en sentido amplio» [64] requiere necesariamente, o bien sólo de modo contingente, o bien excluya necesariamente, recurrir a valoraciones y argumentos morales. De modo diverso respecto a R_{1c}), aquí «interpretación» no se refiere sólo a la atribución de significado a una fuente, sino en general a la elección de la norma aplicable a un caso y, por tanto, puede requerir la solución de problemas de antinomias, lagunas, aplicabilidad, concreción de cláusulas generales y de conceptos elásticos e indeterminados, ponderación, derrotabilidad, etc.; la respuesta a la cuestión acerca de si hay o no una conexión interpretativa entre Derecho y moral puede consistir en una tesis definitoria, relativa al concepto de «interpretación», o bien en un conjunto de tesis normativas sobre la «buena interpretación».

R_3) Relaciones *justificativas* entre Derecho y moral: concierne al problema de si el Derecho representa una razón justificativa autónoma, si es fuente autónoma de obligaciones morales, o bien si puede justificar decisiones (de los órganos de aplicación) y comportamientos (de los ciudadanos) sólo con base en una elección moral. En otras palabras, se trata del problema de la obligación de obedecer al Derecho: la tesis de la conexión sostiene que no existe una obligación autónoma de obedecer al Derecho (tal obligación sólo podría derivar de consideraciones morales), mientras que la tesis de la separación sostiene que Derecho y moral son dominios prácticos separados, cada uno de los cuales es fuente de obligaciones autónomas genuinas y, por tanto, el Derecho puede ser obligatorio de por sí (el deber de obedecer al Derecho es autónomo respecto a los deberes de origen moral); esta puede ser una tesis definitoria, relativa al concepto de Derecho (concepto que incluiría así el elemento de la obligatoriedad), o bien un conjunto de tesis filosófico-políticas sobre las condiciones que justifican obedecer al Derecho.

R_4) Relaciones *funcionales* entre Derecho y moral: el Derecho puede ser considerado una condición esencial para la existencia, el mantenimiento y el funcionamiento de la sociedad; y, si a la existencia de la sociedad se atribuye valor moral positivo, entonces de esto se sigue un tipo de conexión necesaria entre Derecho y moral. O bien, de modo más débil, el Derecho puede desarrollar importantes funciones respecto a la moral: puede hacer que ciertas exigencias morales muy genéricas, indeterminadas,

---

[64] Sobre esta acepción amplia de interpretación, cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 24-33. P. CHIASSONI, «L'interpretazione dei documenti legislativi: nozioni introduttive», en M. BESSONE (comp.), *Interpretazione e diritto giudiziale I. Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999, 21-45, 22-23 (interpretación «en sentido amplio»); *Id., Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, cap. II («interpretación metatextual»). Interpretación en sentido estricto y en sentido amplio son de todos modos actividades muy contiguas: es sólo por comodidad expositiva que las trato bajo etiquetas diversas.

conflictivas, sean más determinadas y precisas; una vez que el Derecho ha dado forma pública y determinada a ciertas exigencias morales, hace que sean más fácil de respetar y proteger en la práctica; y así sucesivamente.

R_5) Relaciones *causales* entre Derecho y moral: siendo el Derecho positivo fruto de actos humanos (por lo general deliberados) de producción normativa, es evidente que la producción del Derecho positivo tenga en cuenta los valores morales y las exigencias difundidas en la sociedad, o que sean consideradas como tales por parte de las autoridades normativas; aquí la moral relevante no es necesariamente una moral verdadera, objetiva, o compartida por unanimidad en la sociedad: puede tratarse de la moral del grupo dominante, o de exigencias morales que una autoridad legitimada, sobre base representativa, cree sean compartidas por su electorado.

R_6) Relaciones *psicológicas* entre Derecho y moral: el hecho que el Derecho prohíba, obligue, permita ciertas conductas puede originar la convicción, incluso sólo subliminalmente, pero no por esto menos influyente en la realidad, que aquellas mismas conductas sean también *moralmente* prohibidas, obligatorias, o permitidas. El Derecho, en otras palabras, puede tener el efecto (corresponda o no esto a una política deliberada por parte de las autoridades normativas) de influenciar sobre la mentalidad difundida, sobre la conformación de la moral social del grupo al cual se aplica.

R_7) Relaciones *de contenido* entre Derecho y moral: al menos en parte, Derecho y moral regulan la misma materia; si bien sería una exageración no plausible afirmar que Derecho y moral tienen *in toto* el mismo objeto (existen claramente materias objeto de regulación jurídica y que son moralmente irrelevantes, y viceversa), no obstante es evidente que muchos problemas morales son también objeto de disciplina jurídica (el Derecho regula muchas materias dotadas de relevancia moral).

R_8) Relaciones *estructurales* entre Derecho y moral: es posible que las características formales y estructurales del Derecho, o algunas de éstas, sean adecuadas, por sí mismas, para generar consecuencias moralmente apreciables; así, la generalidad de las reglas jurídicas podría asegurar una forma embrional de justicia que consiste en tratar, en relación con las hipótesis de aplicación de la regla, todos los casos iguales de modo igual (justicia formal). O bien, la presencia de órganos de solución autoritativa de las controversias permitiría estabilizar ciertas relaciones sociales, evitar que la incerteza sobre ciertas relaciones se prolongue eternamente, etcétera.

R_9) Relaciones de *reenvío* entre Derecho y moral: a veces sucede que el Derecho requiera (a los ciudadanos, o más frecuentemente a los órganos de aplicación) realizar valoraciones morales; esto puede suceder cuando una norma jurídica sea formulada incluyendo estándares morales (buena fe, corrección, etc.), o a través de la positivización de principios morales.

R_{10}) Relaciones *valorativas* entre Derecho y moral: el Derecho, se dice, es por su naturaleza un tipo de cosa (al igual que tantas otras, pero a diferencia de tantas otras) que se presta para ser valorado primariamente en términos de justicia o injusticia, moralidad o inmoralidad, etc.; esta característica del Derecho parecería revelar o por lo menos aludir a algún tipo de relación entre Derecho y moral.

Esta pedante articulación de las posibles relaciones entre Derecho y moral nos deja ahora en condición de valorar con mayor precisión los términos del debate entre positivistas y neoconstitucionalistas sobre la relación entre Derecho y moral.

El positivismo jurídico, en general, defiende la tesis de la separación en sentido R_{1b}): define de manera fáctica *las fuentes del Derecho* —en esto consiste precisamente el carácter positivo del Derecho—: el Derecho válido es el Derecho que ha sido puesto por medio de ciertos hechos humanos. En cambio, el positivismo jurídico incluso no define *el concepto de Derecho* en términos exclusivamente fácticos [el sentido R_{1a})]: en realidad, los positivistas no se ocupan normalmente de la cuestión acerca de la definición del concepto de Derecho, y no se ocupan de esto bajo el capítulo de la tesis de la separación entre Derecho y moral [65]: los positivistas generalmente no utilizan la tesis de la separación como (parte de) una definición del concepto de Derecho, ni tampoco afirman que el concepto de Derecho deba ser construido excluyendo todo elemento moral.

El positivismo jurídico admite además, por lo general, la conexión *interpretativa* entre Derecho y moral tanto en el sentido estricto de R_{1c}), como en el sentido amplio de R_3): para tener una confirmación es suficiente pensar en el rol de la discrecionalidad judicial en la teoría de la interpretación de HART o en aquélla de KELSEN [66]. Por último, el positivismo jurídico admite incluso la conexión *justificativa* entre Derecho y moral (R_3), como consecuencia necesaria de la reducción del Derecho a mero hecho [67] (en cambio, el positivismo ideológico «radical», admitiendo que sea todavía una forma de positivismo jurídico, niega tal conexión). Y ésta es también, como lo hemos visto, la posición de FERRAJOLI, que reconoce tranquilamente la presencia de factores morales en la interpretación, y que niega que el Derecho sea de por sí obligatorio (de hecho, FERRAJOLI critica la falacia «ético-legalista» que consiste en la identificación y en la confusión de la justicia con la validez).

Todos los otros tipos de relación entre Derecho y moral son objeto de discusiones al interior de la tradición teórica iuspositivista, y representan cuestiones de notable interés teórico, pero de su aceptación o de su rechazo no se sigue nada, me parece, respecto a la capacidad de la tesis estrictamente positivista de la separación identificativa entre Derecho y moral: se trata de cuestiones sobre las cuales los iuspositivistas pueden disentir razonablemente entre ellos. Por ejemplo, algunos positivistas sostienen tranquilamente que tienen estatus de conexión necesaria entre Derecho y moral

---

[65] Sin embargo, véase alguna oscilación entre la identificación del *Derecho* (válido) y del *concepto de Derecho* en N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., 134-136; *Id., Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 106; además, por lo menos en *Introducción al análisis del Derecho*, cit., cap. I, C. NINO sostiene la preferencia por una definición fáctica del concepto de Derecho, y califica tal posición como positivismo metodológico o conceptual. La trasformación de la tesis de la separación en una cuestión sobre la definición del concepto de Derecho es por lo general realizada por autores antipositivistas (con el fin de mostrar la no plausibilidad de esta tesis): cfr. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; K. FÜSSER, «Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unravelling», en R. GEORGE (ed. by), *The Autonomy Of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Oxford U. P., 1999, 119-162.

[66] H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto,* 1960, Torino, Einaudi, 1990, cap. VIII; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, 1994², cap. VII (y *vid.* también 204-205, donde la interpretación es señalada como una de las posibles hipótesis de conexión entre Derecho y moral). *Vid.* también U. SCARPELLI, «Il positivismo giuridico rivisitato», *Rivista di filosofia*, 3, 1989, 461-475 (esp. 470-471).

[67] J. RAZ, «Incorporation by Law», cit., 189: *«in such cases* [es decir, cuando se afirma que el Derecho es legítimo, *ndr*] *we cannot separate law from morality as two independent normative points of view, for the legal one derives what validity it has from morality»;* insiste sobre el hecho que la tesis positivista de las fuentes sociales es *«normatively inert»,* J. GARDNER, «Legal Positivism: 5½ Myths», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, 199-227 (213). No obstante, se puede notar que resulta problemática, en este cuadro, la definición kelseniana de validez como fuerza vinculante.

las relaciones *causales* (R_5) [68], la relación de *contenido* (R_7) [69], y la conexión *valorativa* (R_{10}) [70]. Algunos positivistas afirman, y otros lo niegan, que tengan estatus de conexión necesaria entre Derecho y moral la relación *estructural* (R_8) [71], y la relación *funcional* (R_4) [72]. Algunos iuspositivistas afirman que en el caso de la relación *de reenvío* (R_9) la moral entra a hacer parte del Derecho (logrando en tal modo una conexión «por incorporación» entre Derecho y moral), mientras otros afirman que incluso en estos casos los dos dominios permanecen netamente separados [73]. Por último, algunos iuspositivistas sostienen que, dada la relación *psicológica* entre Derecho y moral (R_6) (considerada de modo verosímil no como una conexión necesaria, sino como una conexión empíricamente recurrente), una actitud iuspositivista sea pragmáticamente preferible porque «educa» a los ciudadanos a pensar que no haya una obligación intrínseca de obedecer al Derecho y, por tanto, los adiestra para la crítica moral del Derecho [74]. Pero todas éstas, repito, no son tesis calificadoras del positivismo jurídico: no hay una respuesta típicamente iuspositivista a estas preguntas.

En cambio, el neoconstitucionalismo «metodológico», o anti-positivismo, afirma que entre Derecho y moral se den conexiones (generalmente presentadas como conexiones conceptuales, necesarias) de tipo *identificativas* (sea a nivel de concepto de Derecho, sea a nivel de identificación de las fuentes o de las normas) y de tipo *interpretativas* (cfr. *supra*, nota 9 y texto correspondiente).

---

[68] A. Ross, «Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo», cit., 82; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., 198.

[69] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., 188, a propósito del «contenido mínimo del Derecho natural» habla de un «elemento común» del Derecho y de la moral de una sociedad; *vid.* además J. Raz, «About Morality and the Nature of Law», 2003, en *Id., Between Authority ad Interpretation*, Oxford, Oxford U. P., 2009, 166-181 (168); B. Celano, «Iusnaturalismo, positivismo jurídico y pluralismo ético», 2005, en *Id., Derecho, justicia, razones*, cit., 127-150.

[70] L. Green, «Legal Positivism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003, § 4.2 (*«necessarily, law is justice-apt»*).

[71] Para la tesis afirmativa, H. L. A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», 1958, en *Id., Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 81; *Id., The Concept of Law*, cit., 206-207. Para la tesis negativa, J. Gardner, «The Virtue of Justice and the Character of Law», *Current Legal Problems*, vol. 53, 1, 2000; L. Green, «The Germ of Justice», Oxford Legal Studies Research Paper No. 60/2010 (available at *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1703008*).

[72] T. Endicott, «Una teoria del diritto naturale», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, 191-211 (una versión débil del argumento «funcional» es defendido, p. ej., por T. Honoré, «The Dependance of Morality on Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1, 1993, 1-17; J. Raz, «Incorporation by Law», cit. 192); *contra*, P. Chiassoni, «Una teoria del diritto naturale? Alcune perplessità», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, 213-223 (219).

[73] Para la tesis según la cual el reenvío a la moral determina su incorporación en el Derecho, H. Kelsen, «La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)», 1928, en *Id., La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 143-206, 188-190; *Id., Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 134; M. Kramer, «Why The Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, 3, 2007, 555-562 (y en general todos los iuspositivistas «inclusivos»). Para la tesis que también en caso de reenvío permanezca la separación entre Derecho y moral, J. Raz, «On The Autonomy of Legal Reasoning», 1993, en *Id., Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford,Oxford U. P., 1994, 326-340: el razonamiento jurídico *«about the law»* concierne a la individualización del Derecho cómo éste está contenido en fuentes sociales, y es autónomo de la moral, mientras el razonamiento jurídico *«according to law»* se presenta cuando las fuentes del Derecho reenvían a consideraciones extrajurídicas, y es una forma de razonamiento moral.

[74] H. L. A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», cit., 53-54; *Id., The Concept of Law*, cit., 296; J. Raz, «The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism», cit., nota 28 *(«Legal positivists are more likely than natural lawyers or other non-positivists to affirm that sometimes courts have (moral) duties to disobey unjust laws»).*

A propósito de la teoría positivista de la separación entre Derecho y moral, he evocado anteriormente la imagen del fortín inexpugnable en un territorio ya conquistado. Quizás ahora resulte más claro el motivo por el cual he usado esta imagen. De hecho, me parece que los iuspositivistas hayan dedicado, y dediquen todavía (el ensayo de FERRAJOLI es, en cualquier modo, un ejemplo) considerables energías intelectuales a la defensa de la versión típicamente iuspositivista de la tesis de la separabilidad [75], subestimando la importancia y la inevitabilidad de otros tipos de relaciones entre Derecho y moral *especialmente en el Estado constitucional de Derecho* [76]. Esto se demuestra por el hecho que la tesis positivista es generalmente formulada como una tesis sobre la identificación del Derecho válido, sobre la definición de validez [77]; tal calificación puede ciertamente ser compartida, pero bajo la condición de entenderla como referida sólo a la validez formal: la corrección formal, procedimental de los actos de producción jurídica, las condiciones que consienten «el reconocimiento de un texto normativo como fuente del Derecho» [78].

En cambio, cuando con validez se haga referencia a la *validez material* de las normas en tal modo producidas (la conformidad de una norma respecto a normas superiores en sentido material) [79], el asunto se complica, porque este segundo tipo de juicio de validez incluirá inevitablemente una actividad interpretativa relevante, que por tanto plantea problemas de relación entre Derecho y moral del tipo R_{1c}) y R_2). De hecho, si la determinación de la validez material de las normas jurídicas requiere necesariamente interpretación, y si en tal actividad interpretativa también está involucrada la determinación del significado de las normas superiores, y si, por último, tales normas superiores son formuladas de modo tal que incluyan conceptos morales, cuya interpretación requiere una forma de razonamiento moral, entonces la conclusión es inmediata: en el Estado constitucional de Derecho, la determinación de la validez material de las normas jurídicas, además de los componentes valorativos normalmente incluidos en cualquier actividad interpretativa, requiere también una forma de razonamiento moral.

Obviamente esta conclusión se sigue sólo si se acepta la premisa que la interpretación de los conceptos morales incluidos en cláusulas constitucionales requiera alguna forma de razonamiento moral. Esto puede ser contestado, me parece, de dos modos

---

[75] Uno de los ejemplos más espectaculares es J. COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford U. P., 2003.

[76] No intento sostener que en el Estado legislativo, o de todos modos a nivel infra-constitucional (en los códigos, en las leyes, etc.), este tipo de relación entre Derecho y moral no se presente. Intento decir que en el contexto del Estado constitucional de Derecho este tipo de relación adquiere una visibilidad mucho mayor, que hace imposible no ocuparse o desatender tal fenómeno.

[77] Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 114-115; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., 185-186; J. COLEMAN y B. LEITER, «Legal Positivism», en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by D. PATTERSON, Oxford, Blackwell, 1996, 241-260 (243); J. GARDNER, «Legal Positivism: 5½ Myths», cit., 223; L. GREEN, «Legal Positivism», cit.; A. MARMOR, «Exclusive Legal Positivism», en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford U. P., 2002, 104-124; K. E. HIMMA, «Inclusive Legal Positivism», *ibid.,* 135; J. J. MORESO, «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en P. NAVARRO y M. C. REDONDO (comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, 93-116 (94-95).

[78] R. GUASTINI, «Le avventure del positivismo giuridico», en E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico* (2006), a cura di P. CHIASSONI, R. GUASTINI y G. B. RATTI, Milano, Giuffrè, 2007, XXXVII-XLVIII (XLVI).

[79] Para un tratamiento más detallado de los conceptos de «validez material» y de «superioridad material», reenvío a G. PINO, «Norme e gerarchie normative», *Analisi e diritto*, 2008, 263-299. Cfr. también R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 255-256.

(por lo general convergentes): afirmando que las constituciones «presuponen» valores y principios morales como cualquier otra ley; y sosteniendo que de todos modos se trata de valores y principios morales positivizados: una vez reconocidos por el Derecho positivo aquellos valores morales se convierten en no otra cosa que Derecho. Llamaré a esto «el argumento del Rey Midas» [80].

Ahora bien, me parece que el argumento del Rey Midas indique una radical subestimación del problema de la relación interpretativa entre Derecho y moral en el Estado constitucional. Si con este argumento se quiere sostener que ciertos principios morales se convierten en jurídicos a causa del reconocimiento ocurrido en un acto normativo que tiene el estatus de fuente del Derecho, esto es verdad, pero es absolutamente banal. En cuanto a la afirmación que todas las leyes presuponen principios y valores morales, también esto es verdad, banalmente verdadero, pero éste no es el punto de la cuestión. El punto no es que las constituciones, como cualquier otra ley, *presupongan* elecciones de valores; el punto más bien es que las constituciones contemporáneas, a diferencia de lo que ocurre normalmente en las leyes, *formulan expresamente* valores ético-políticos [81]. Y de esta expresa formulación de principios morales descienden algunas consecuencias absolutamente relevantes en el plano de la interpretación de las relativas disposiciones constitucionales. La consecuencia principal es que es inevitable que para interpretar una cláusula constitucional formulada en términos morales se deba recurrir a algún tipo de argumentación moral [82]. Cierto, es obvio que una vez que los principios morales hayan entrado a hacer parte del Derecho su aplicación está afectada por técnicas, argumentos, razones específicamente jurídicas (por ejemplo, el respeto de los precedentes, la recurrencia a analogías consolidadas, o la presencia de límites y excepciones expresas, textualmente formuladas, al campo de aplicación de aquel principio moral). Pero esto no quita que la compresión del contenido de aquel principio, y su aplicación, sea siempre mediada por formas de razonamiento moral, contaminadas por consideraciones jurídicas [83].

Entonces, por lo menos en el contexto del Estado constitucional de Derecho, consideraciones morales influyen sobre la determinación de la validez *material* de las normas jurídicas, ampliando la incidencia de la conexión interpretativa entre Derecho

---

[80] Uso esta definición inspirándome en H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 164: «Como todo eso que el Rey Midas tocaba se transformaba en oro, así todo eso a lo que el Derecho se refiere se vuelve Derecho, es decir, algo jurídicamente existente» (*vid.* también 134). Argumentos de este tipo se pueden encontrar en T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», cit., 16; R. GUASTINI, «Sostiene Baldassarre», *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 1373-1383; *Id.,* «Le avventure del positivismo giuridico», cit., XLV (los conceptos morales, una vez positivizados, «cesan de ser conceptos morales y se vuelven conceptos jurídicos»); *Id.,* «A proposito di neo-costituzionalismo», cit.

[81] Como ya he observado (*supra*, nota 76), esto algunas veces sucede también en el lenguaje legislativo, pero de modo mucho más raro (puede suceder que en una ley hayan declaraciones de principio, pero la reglamentación legislativa es por lo general una reglamentación de detalle).

[82] Metodologías alternativas para la interpretación de estas cláusulas podrían ser: la interpretación literal, la interpretación intencionalista (según la voluntad de los constituyentes), la interpretación según la consciencia social. He pretendido mostrar la no plausibilidad de metodologías similares en G. PINO, «Il linguaggio dei diritti», cit.; *Id., Diritti e interpretazione*, cit., cap. V.

[83] Un mercado regulado, una sustancia química, una fórmula matemática no cesan de ser lo que son, se vuelven «jurídicas», porque han sido contempladas por una norma jurídica. Para entender aquel fenómeno como mercado, como sustancia química, como fórmula matemática, se deberá recurrir a criterios que provengan respectivamente de la economía, de la química, de la matemática.

y moral, y restringiendo proporcionalmente la importancia de la tesis positivista de la separación, cada vez más limitada a sólo una tesis sobre la identificación de las fuentes, de la validez *formal*[84]. De modo que existe un aspecto de la validez —la validez material— para el cual la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral no vale, y, según los mismos iuspositivistas, no vale necesariamente.

He llegado a la conclusión. La fusión, al menos en algunos casos (pero son casos muy importantes), entre razonamiento jurídico y razonamiento moral, que es consecuencia de la necesidad de interpretar cláusulas constitucionales que reenvían expresamente a principios morales, es un dato de hecho ineludible. Esto no requiere abandonar la tesis positivista de la separación, pero limita drásticamente su relevancia sólo a la determinación de la validez formal. Y bien, es lícito solicitar a una teoría iuspositivista que intente hacerse cargo también de este nivel de análisis[85] (siempre que no se acontente, desde luego, con relegar estos problemas al pantano de la discrecionalidad interpretativa y de las incontrolables opciones subjetivas de valor). En otras palabras, a falta de un análisis similar, la tesis de la separación no sólo arriesga con reducirse a una representación consolatoria que nos reasegura que nosotros iuspositivistas, por un lado, no somos imperialistas éticos y, por otro, que estamos empeñados en (o por lo menos recomendamos) un conocimiento científico del Derecho, sino que al mismo tiempo arriesga con desatender varios tipos muy relevantes, y también filosóficamente interesantes, de relación entre Derecho y moral.

(Traducción de Diego Moreno Cruz)

[84] Esto porque «la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral [...] considera sólo la identificación de las fuentes del Derecho positivo, no la identificación de su contenido» (R. Guastini, «Le avventure del positivismo giuridico», cit., XLVI).

[85] Algunos intentos de análisis de este tipo: J. J. Moreso, «Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales», en J. Betegón, J. de Paramo y L. Prieto Sanchís (comps.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, 473-489; B. Celano, «El razonamiento jurídico: tres temas clave, y lo que la filosofía puede (o no puede) hacer acerca de ellos», 2005, en *Id., Derecho, justicia, razones*, cit., 151-169; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. V.