



UNIVERSIDAD DE BURGOS
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

**LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS
SOCIALES PRESTACIONALES
EN
LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS**

MAX MOLLER
2008

**LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES
PRESTACIONALES
EN
LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS**

TESIS DOCTORAL

**DIRIGIDA POR
LA DRA. NURIA BELLOSO MARTÍN**

UNIVERSIDAD DE BURGOS

LOMO DE LA TESIS

TESIS

DOCTORAL

**MAX MOLLER
2008**

AGRADECIMIENTOS

- A Mariana, por todo el apoyo en estos tres años.
- A mis amigos, en especial a los Dotorandos D. Frabrcio Rafael Mattos y D. Rubens Lozada Menezes.
- Especial agradecimiento a mi orientadora Doctora Nuria Beloso Martn, por la disponibilidad, la paciencia y por el excepcional magisterio jurdico que me dedic. La tengo como un verdadero ejemplo de maestra.

RESUMEN

En las últimas décadas el derecho ha asistido una serie de cambios en los ordenamientos jurídicos, principalmente en aquellos que adoptan el sistema del civil law. Esos cambios, que culminaran en la formación del movimiento conocido por neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o postpositivismo acabo por repercutir en una serie de temas centrales de la teoría jurídica. Esa investigación buscará analizar esos cambios ocurridos a partir de tres perspectivas principales: a) la teoría del derecho, de modo a verificar la lógica de ese nuevo modelo jurídico y su compatibilidad con el positivismo jurídico; b) la teoría democrática, con fines de analizar como el protagonismo judicial repercute en el método democrático de toma de decisiones y, finalmente; c) en la teoría de la norma, con el objetivo de hacer un análisis más profundizada sobre el funcionamiento de reglas y principios en los sistemas jurídicos actuales. Tal análisis tiene como objetivo proporcionar bases para el estudio de los derechos sociales prestacionales, los cuales son derechos que reproducen en su complejo proceso de aplicación todas las alteraciones sistémicas traídas por el neoconstitucionalismo. Con eso, procuraremos ofertar más elementos para un análisis de las diversas formas de aplicación de esos derechos encontradas en diferentes ordenamientos jurídicos.

Palabras clave: Derechos sociales. Neoconstitucionalismo. Teoría del derecho – democracia y constitucionalismo. Reglas y principios.

ABSTRACT

In the last decades it is being possible to verify important changes inside legal systems, mostly on systems that follow the civil law system. Those changes have resulted in the creation of a law doctrine known by neoconstitucionalism, contemporary constitutionalism or postpositivism. On the other way can be also said that this theory has caused many changes in central themes of law theory. Due to it, this research wants to analyze those changes from three different perspectives: a) theory of law, to verify the logic presented by this new law model and its compatibility with positivism; b) democratic theory, to analyze how the judge's activism can affect in the conception of democracy, and finally; c) normative theory, to make clear some points about the functions ruled by principles and rules in contemporary law systems. This analysis intends to clear some important points to study social rights, mostly those that involve material goods. Those rights reproduce in its complex application process, all the changes happened in the system brought by neoconstitucionalismo. Through this perspective, we intend to offer more elements to explain the different applications those rights have had in different legal systems.

Key words: Economic and social rights. Neoconstitucionalism. Law theory – democracy and constitution. Rules and principles.

SUMARIO

RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I – CONSTITUCIONALISMO Y LA TEORÍA DEL DERECHO	24
1.1 EL IUSNATURALISMO	24
1.1.1 Evolución de la concepción iusnaturalista sobre el derecho	25
1.1.2 Concepto de iusnaturalismo	31
1.1.3 Organización normativa iusnaturalista	34
1.1.4 El derecho natural	37
1.1.4.1 Características de los derechos naturales.....	40
1.1.4.1.a <i>Inalienabilidad</i>	41
1.1.4.1.b <i>Universalidad e inmutabilidad</i>	43
1.1.5 Críticas a la teoría iusnaturalista	45
1.1.6 Conclusiones	49
1.2 EL POSITIVISMO JURÍDICO	54
1.2.1 El positivismo clásico	55
1.2.1.1 Orígenes del positivismo	55
1.2.1.1.a <i>El legicentrismo y la concentración de las fuentes del derecho en el Estado</i>	55
1.2.1.1.b <i>Contexto histórico y político de surgimiento del positivismo jurídico</i>	58
1.2.1.1.c <i>Separación del derecho en relación con la política</i>	59
1.2.1.2 <i>Principales afirmaciones del positivismo clásico</i>	60
1.2.2 Positivismo moderno	63
1.2.2.1 El positivismo jurídico de Hans Kelsen.....	64
1.2.2.2 El positivismo jurídico de Herbert HART	67
1.2.2.2.a <i>Puntos de vista interno y externo</i>	73
1.2.2.3 Principales puntos de conflicto entre las tesis defendidas por el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo	77
1.2.2.3.a <i>Iuspositivismo y legitimidad democrática</i>	79
1.2.2.3.b <i>Estructura abierta de las normas</i>	82
1.2.2.3.c <i>Primeras consideraciones sobre la relación entre el derecho y la moral en el positivismo jurídico</i>	84
1.2.3 El positivismo jurídico contemporáneo	94
1.2.3.1 Positivismo excluyente e incluyente	95
1.2.3.2 Las críticas de Ronald DWORKIN a la posición incorporacionista.....	99
1.2.3.2.a <i>La incorporación de la moral</i>	100
1.2.3.2.b <i>La estructura normativa</i>	101
1.2.3.2.c <i>La función epistémica</i>	106
1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO Y TEORÍA DEL DERECHO	110
1.3.1 Concepto de neoconstitucionalismo	110
1.3.1.1 Definición ideológica.....	111
1.3.1.2 Definición terminológica	114

1.3.1.3 Características del neoconstitucionalismo	117
1.3.1.3.a Rigidez constitucional	118
1.3.1.3.b Garantía jurisdiccional de la Constitución	119
1.3.1.3.c Fuerza vinculante de la Constitución	121
1.3.1.3.d "Sobreinterpretación" de la Constitución.....	123
1.3.1.3.e Aplicación directa de las normas constitucionales.....	125
1.3.1.3.f Interpretación conforme la ley.....	126
1.3.1.3.g Influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.....	129
1.3.2 Derecho y moral en el neoconstitucionalismo.....	132
1.3.2.1 La discusión de R. ALEXY y E. BULYGIN sobre la pretensión de corrección del derecho	133
1.3.2.2 Neoconstitucionalismo, derecho y moral	141
1.3.3 El neoconstitucionalismo como teoría del derecho	145
1.3.3.1 Neoconstitucionalismo como ideología.....	149
1.3.3.2 Neoconstitucionalismo teórico	152
1.3.4 Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo.....	156
1.3.4.1 Constitución y derecho natural	157
1.3.5 Conclusiones parciales.....	162
CAPÍTULO II - DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN	166
2.1 PUNTOS DE TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA.....	169
2.2 LA SOBERANÍA.....	174
2.2.1 El concepto de soberanía	175
2.2.2 El contrapunto del liberalismo inglés	178
2.2.3 Ordenamientos pos-revolucionarios	181
2.2.3.1 Modelo estadounidense.....	181
2.2.3.2 Modelo francés pos-revolucionario	183
2.2.4 La soberanía del parlamento y los derechos	185
2.2.5 Los modelos de separación de poderes.....	189
2.2.5.1 Modelo constitucionalista de separación de poderes.....	196
2.3 LA REPRESENTATIVIDAD	199
2.3.1 Procesos de mitificación y desmitificación de la ley: la crisis de representatividad y la soberanía de la ley	203
2.3.1.1 La construcción del mito de la ley como fuente hegemónica del derecho ..	204
2.3.1.2 El proceso de crisis de la ley	211
2.3.1.2.1 Factores intrínsecos.....	213
2.3.1.2.2 Factores extrínsecos.....	217
2.3.1.3 Lógica de la ley en el constitucionalismo contemporáneo	227
2.4 LOS CONCEPTOS DE DEMOCRACIA Y DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	234
2.4.1 Argumentos democráticos del constitucionalismo.....	235
2.4.2 KELSEN y el concepto procedimental de democracia	240
2.4.3 Problemas actuales de la concepción de democracia: las alteraciones de los modelos sociales y su influencia sobre el concepto de democracia. Teoría realista-elitista sobre la democracia	243
2.4.4 Democracia como procedimiento	246
2.4.5 Control judicial y democracia: el problema del activismo judicial.....	251
2.4.5.1 El problema del activismo judicial en el régimen constitucionalista	256

CAPÍTULO III – CONSTITUCIONALISMO Y ESTRUCTURA DE LA NORMA 264

3.1 CONCEPTUACIÓN AMPLIA SOBRE LOS PRINCIPIOS.....	266
3.1.1 Ampliación del derecho a partir de los principios.....	267
3.1.2 Principios y política.....	268
3.1.3 Principios y su relación con la moral	270
3.2 DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS	272
3.2.1 Utilizaciones del término principio: necesidad de ciencia de los diversos significados reunidos bajo el mismo signo	272
3.2.2 Principios son normas.....	278
3.2.3 Normas son el producto de la interpretación de los dispositivos	280
3.2.4 Especies de normas.....	285
3.2.5 Funciones y características de los principios	288
3.2.6 Principios y moral	292
3.2.7 Definición de principio.....	296
3.2.8 Tipos de principios.....	297
3.2.8.1 Algo más acerca de los principios como mandatos de optimización	302
3.3 DIFERENCIAS ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS.....	305
3.3.1 Tesis de la demarcación fuerte y débil.....	307
3.3.2 Diferencia estructural o de enunciado lingüístico.....	312
3.3.3 Diferencia por el método de aplicación.....	321
3.3.3.1 Apertura estructural versus open texture.....	331
3.3.3.2 Lo contrario de “todo o nada” no es gradual.....	332
3.3.4 Criterio del conflicto normativo	335

CAPÍTULO IV – LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES Y SU APLICABILIDAD..... 340

4.1 LOS DERECHOS SOCIALES	340
4.1.1 Origen.....	340
4.1.1.1 El proceso de socialización del Estado y la creación de los derechos sociales	340
4.1.1.2 La actualidad de los derechos sociales prestacionales.....	348
4.1. 2 Características y fundamentos	351
4.1.2.1 La subsidiaridad de los derechos sociales	351
4.1.2.2.Dignidad como núcleo conceptual y fundamento de los derechos sociales	355
4.1.2.3 Derechos sociales como derechos de igualdad	359
4.1.2.4 El problema de la universalización de los derechos sociales prestacionales	363
4.1.2.5 Derechos sociales y necesidades básicas	366
4.1.2.6 Derechos sociales como derechos de integración	369
4.1.2.7 Estructura normativa diversa – de principio.....	371
4.1.3 Tipos de derechos sociales.....	373
4.2 LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES...379	
4.2.1 Argumentos en contra de la aplicabilidad directa de los derechos sociales	379
4.2.1.1 Derechos sociales prestacionales como normas incompletas	380

4.2.1.2 Derechos sociales prestacionales como objetivos políticos, dependientes de la acción del legislador.....	385
4.2.1.3 Límites materiales.....	388
4.2.1.4 Separación de poderes.....	391
4.2.1.5 Aplicaciones alternativas – instrumentos de control de la constitucionalidad y conductores de interpretación.....	393
4.1.2.6 El modelo español de aplicación de los derechos sociales prestacionales	397
4.2.2 Argumentos favorables a la aplicabilidad directa de los derechos sociales	401
4.2.2.1 Regímenes jurídicos diversos.....	404
4.2.2.2 Posiciones por la aplicabilidad.....	405
4.2.2.3 Superación de problemas concretos.....	418
4.3 DSP Y CAPÍTULOS.....	434
4.3.1 Derechos sociales prestacionales y la Teoría General del Derecho	434
4.3.2 Derechos sociales prestacionales y legitimidad democrática: aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales y las relaciones políticas	442
4.3.2.2 Separación de poderes en el Estado democrático de derecho.....	449
4.3.3 Derechos sociales prestacionales y estructura normativa: reglas y principios.....	452
CONCLUSIONES.....	463
BIBLIOGRAFÍA.....	491

INTRODUCCIÓN

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la consolidación del modelo de Estado social en diversos ordenamientos, principalmente en la Europa Occidental, obligó al derecho a reinventarse para dar cuenta de los fenómenos sociales que se presentan en las relaciones entre el Estado y el ciudadano. De un modelo basado exclusivamente en las limitaciones del Estado, que imperaba en el régimen liberal, se pasó gradualmente a un modelo de Estado altamente intervencionista, que aumentaba su grado de influencia en las relaciones sociales con una progresión geométrica.

Si inicialmente el Estado solamente debería garantizar la seguridad, la libertad y la propiedad, a partir del Estado social se espera que éste la organización de una burocracia en el sentido de garantizar tanto la existencia de estructuras materiales de apoyo social, por ejemplo, la manutención, la salud, la educación, la seguridad, como de proporcionar garantías al trabajador frente a la explotación del patronal o incluso de incentivar el desarrollo de normas de fomento, de protección de la economía, de incentivo a la tecnología, etc. Es decir, se evoluciona de un Estado pasivo como era el Estado liberal a un Estado activo como es el Estado social. No hay ninguna ramificación social en la que se no se constate una intervención estatal o, al menos, una potencial intervención.

Esa superdimensión estatal es consecuencia de la constatación sobre la necesidad de intervención en la dinámica social, cuya lógica privatista acaba por generar intolerables exclusiones sociales. En el momento en que el individuo altera su modo de vida, concentrándose en grandes centros urbanos, se reduce drásticamente su espacio vital¹, que le impide buscar su subsistencia en la solidaridad o en la abundancia de recursos que caracterizaban la sociedad rural. En los grandes centros que se presentan como nuevos modos de organización social, la única forma de buscar la subsistencia es el trabajo. El individuo sin trabajo estará, por tanto, condenado a la indigencia, por lo que será tarea del Estado el ofrecerle una protección en las relaciones de trabajo y la asistencia social de aquellos que están excluidos.

¹ Expresión de BOCKENFORDE que será utilizada a lo largo del texto.

De la misma forma, la asunción de esa enorme gama de tareas acabó por generar un aumento considerable del poder estatal, de forma que pasaba a ser extremadamente difícil ser controlado. La dependencia de los individuos del Estado y la posibilidad-necesidad de intervención en áreas siempre dejadas a la autonomía privada que caracterizaba al Estado liberal provocó un crecimiento sin precedentes de la figura estatal, tanto en la captación de recursos como en su distribución. Tales posibilidades, asociadas a regímenes nacionalistas, generarán en algunos países un nuevo fenómeno de concentración de poder, en donde líderes mesiánicos aprovechaban esa superestructura del Estado para unir a la sociedad en torno a proyectos únicos.

Veíamos que todo ese escenario no era acompañado de cambios en el derecho –que siempre van detrás de los cambios sociales– porque aún imperaba la lógica legalista liberal caracterizada por la confianza ciega en la ley, en el *pacta sunt servanda*, en la autonomía de la voluntad y en la absolutización de las decisiones de las mayorías. Esa concepción jurídica unida a la superestructura estatal y al poder de dominar a las masas, que se reunían en torno al ideal nacionalistas; fácilmente evolucionó hacia una serie de eventos nacionales que redundarán en la Segunda Guerra Mundial.

Superado ese momento, pasó la comunidad jurídica por un momento de profunda reflexión, una vez verificado que el modelo jurídico liberal no era de ninguna manera suficiente para controlar el poder del Estado social, ya que las relaciones de distribución del poder habían sido profundamente alteradas. Además, a partir de sociedades más complejas y plurales no era posible tampoco el condicionamiento de los derechos a la simple regla de la mayoría, pues ésta tendía a oprimir cada vez más a las minorías que convivían en los Estados urbanos de la segunda mitad del siglo XX.

Se dedica el derecho, por tanto, a una sustitución de las simples voluntades de la mayoría por un proceso de redescubrimiento de la ética. En teoría del derecho se culpa al positivismo por posibilitar los excesos cometidos en nombre del derecho y fundamentar las argumentaciones en el mero cumplimiento de la ley en los tribunales que juzgaban a los nazis. Autores positivistas de reconocido prestigio se convierten fervorosamente al iusnaturalismo tal y como se refleja en la obra de Gustav RADBRUCH. En la teoría del Estado, no se permite la abolición del Estado

social, porque es necesaria una mayor estructura para la reconstrucción en el período de postguerra vivido en Europa. Es en torno al Estado donde las fuerzas sociales se reorganizan para reconstruir un continente. Sin embargo, el poder concentrado en la mayoría pasa a ser sustituido, en la teoría constitucional, por un poder sometido a fines claros y específicos concretizados en las constituciones.

Esa constitución pasa a ser condicionante de todos los poderes estatales, imponiendo fines que deben ser observados por todos los órganos del Estado. El Estado ya no es libre para actuar de acuerdo con la voluntad de la mayoría, sino que debe actuar de acuerdo con las competencias y propósitos constitucionales. Para garantía de la adecuación a tales fines surge, a partir de las teorías de Hans KELSEN, el control de la constitucionalidad, donde un órgano neutro garantice no solo la adecuación de los actos formalmente a la constitución, sino también su adecuación material. Por contar con un tribunal que sea garante de la aplicación, este deja de lado la denominación de “carta política” para ser denominada “carta mayor” o “carta magna”. Esa alteración constituye un gran avance en la dirección del constitucionalismo: la consideración de la constitución como verdadera norma jurídica.

Para complementarlo, solamente faltaba el reconocimiento de derechos que no estuviesen sujetos a la voluntad de las mayorías, los cuales sirviesen al ciudadano como instrumento de oposición a cualquier decisión que les llevara a contrastar derechos inviolables. Así, lo que viene a caracterizar el constitucionalismo de postguerra es la previsión, pero principalmente, la garantía de los derechos fundamentales. Tales derechos no serían apropiados ni por el Estado ni por cualquiera de sus órganos o poderes, constituyendo patrimonio del ciudadano. Si la constitución tiene carácter normativo, los derechos en ella vinculados deben vincular a cualquiera de los poderes derivados, los cuales no están autorizados a dejar de respetar tales derechos.

De entre las normas que contienen derechos en las constituciones, se observa una serie de derechos cuya aplicabilidad no es cuestionada por parte de los tribunales. Sin embargo, en un término medio entre esos derechos y los objetivos finalistas previstos en las constituciones propias del Estado social, están algunos derechos que plantean algunas dudas en relación con su aplicabilidad.

Se puede observar que los derechos constitucionales continuarán incorporándose a los clásicos derechos de libertad consagrados en el régimen liberal. Sin embargo, pasarán a prever también derechos sociales los cuales se fundamentan sobre otras bases, pero cuya aplicabilidad demuestra aún ser objeto de muchas divergencias, tanto en la doctrina como en la práctica judicial de varios ordenamientos que los consagran.

De entre los derechos sociales, se encuentra aún una subdivisión, conocida por derechos sociales prestacionales. Estos derechos tienen como pretensión exigir del Estado prestaciones materiales específicas, obligando al Poder Público a que adquiera y alcance para el ciudadano determinados bienes; cuando estos carezcan de recursos materiales para adquirirlos o cuando inexistente la posibilidad de adquirirlo por indisponibilidad en el mercado.

Ocurre que, en la mayoría de los casos, ese deber del Poder Público no aclara suficientemente la forma de proporcionar un derecho subjetivo, por cuanto, como norma constitucional su previsión por lo común se da de modo genérico, sin la especificación de los casos concretos y según la estructura clásica de la regla. Además, son tantas las posibilidades potenciales de prestación que encajarán en el extenso supuesto fáctico constitucional, que generalmente tiene normas bien definidas como normas a la espera de una reglamentación del legislador. No serán, por tanto, verdaderos derechos.

Aún, considerando la fuente común tanto del movimiento constitucionalista como de las constituciones del Estado social iniciada a partir de los períodos de postguerra, se observa que en muchos ordenamientos las posiciones relativas a esos derechos acaban siendo encontradas. ¿Por qué motivos, por ejemplo, en España se considera los principios rectores de la política social y económica como normas desprovistas de aplicabilidad directa, o sea, incapaces de generar derechos subjetivos individuales mientras que en Brasil algunas de esas normas han sido aplicadas directamente por los tribunales, reconociéndose la obligación del Estado en proveer determinadas prestaciones materiales?

La respuesta inicial ciertamente sería: "porque se trata de ordenamientos distintos con distintas previsiones". Tal aserción sería satisfactoria en el caso de un análisis detenido de tales ordenamientos y su doctrina no revelase una extraordinaria similitud tanto en la forma de positivización como en la lógica de

funcionamiento de los respectivos sistemas jurídicos. Si analizamos los sistemas de civil law y sus procesos recientes de constitucionalización, es fácil verificar que sus constituciones son prácticamente copia unas de las otras. De la misma forma, verificando las discusiones doctrinarias en estos países –que incluyen, por ejemplo, Alemania, Portugal, Italia, Argentina, entre otros- es fácil comprobar la clara preocupación por la aplicación directa de tales normas de derechos sociales sobre prestaciones. Finalmente, ¿constituirán esas normas verdaderos derechos?

Teniendo esa discusión como punto de partida, pudiera parecer que el objeto de la presente investigación sería un estudio de derecho comparado. Esto no es, de forma alguna, nuestra preocupación. La cuestión que aquí se presenta es que siendo todos estos ordenamientos originarios de un mismo sistema jurídico, considerando que poseen textos constitucionales muy similares, comulgando todos ellos con la misma teoría de derecho, utilizando las mismas fuentes legales, así como delante del intenso intercambio doctrinario existente entre ellos, ¿cuáles son los motivos de que aparezcan posiciones tan diversas en relación con la aplicabilidad de tales derechos?

La presente investigación se justifica en el momento en el que la actitud inicial de un crítico sería la de clasificar una concepción diferente a la suya como equivocada, atribuyendo a un sistema que no sigue sus teorías específicas sobre como debería funcionar un sistema jurídico la calificación de jurídicamente equivocado. Mientras tanto, por el análisis de ambos modelos - los que reconocen y los que no reconocen los derechos sociales de prestaciones como derechos directamente aplicables -; encontramos argumentos jurídicos y políticos absolutamente defendibles, de modo que será tal vez pretencioso querer calificar como equivocado un sistema fundado en un ordenamiento creado por juristas competentes.

Lo que se verifica, esto sí, es que las posiciones en defensa de la aplicabilidad directa reportarán nuevo impulso principalmente a partir de las ideas aportadas por la evolución del movimiento constitucionalista contemporáneo, el cual también es concebido como neoconstitucionalismo, y que destaca, principalmente, el carácter normativo de la constitución y todas las repercusiones que esto acarrea en las fuentes del derecho, en el papel de los poderes, en las relaciones entre

democracia, en la constitución de la autoridad, así como en el propia teoría del derecho.

Basándonos en esto, se propone esta investigación para trabajar con las bases del neoconstitucionalismo para, así, poder verificar hasta qué punto esto facilita una nueva discusión sobre las teorías de aplicación directa o indirecta de los derechos sociales de prestaciones. Este examen de las bases y repercusiones del neoconstitucionalismo se apoya, para los fines de la presente investigación, sobre tres perspectivas seleccionadas por nosotros, las cuales serán examinadas, una a una, en los tres capítulos iniciales.

Inicialmente, trataremos las repercusiones del constitucionalismo en la teoría del derecho. Nos ocupamos de tal asunto en el capítulo inicial debido a su carácter fundamental, ya que de la perspectiva adoptada en tal punto depende esencialmente todo el análisis siguiente. Esto es así, porque es común, al tratarse del neoconstitucionalismo, vincular la aplicación directa de la constitución y sus principios a una especie de realización de justicia en cada caso concreto. No es raro afirmar –unas veces realizada como virtud y otras como defecto- que los principios constitucionales constituirían el eslabón entre el derecho y la moral, de tal modo que las relaciones necesarias entre ellos, negadas expresamente por el positivismo jurídico tras el fin de los regimenes nacionalistas que provocaron la Segunda Guerra Mundial y el uso del derecho para cometer todo tipo de atrocidades, se comprueba que existen motivos suficientes para un juicio inicial del rechazo del positivismo de los círculos jurídicos.

Considerando que las previsiones de derechos fundamentales, de principios jurídicos vinculantes y de normas que hacen referencia a valores morales y que adquieren carácter normativo en la constitución, no son pocos los autores que identifican el neoconstitucionalismo como una vuelta al iusnaturalismo. Otros, mientras tanto, defienden que las debilidades del iusnaturalismo fueron suficientemente reveladas por el positivismo jurídico. Así desterrado el positivismo jurídico e inaplicable el iusnaturalismo, el neoconstitucionalismo consistirá, también, en una nueva teoría del derecho.

En este escenario, conscientes de que la teoría del derecho es la ciencia responsable para tratar la reglas de juego de cualquier análisis serio sobre el derecho, nos proponemos analizar esas teorías a partir de los siguientes cuestiones.

¿El neoconstitucionalismo es un fenómeno posible de ser comprendido a partir de iusnaturalismo? ¿El positivismo jurídico es realmente incompatible con el neoconstitucionalismo? ¿Constituye el neoconstitucionalismo una teoría del derecho autónoma y coherente? ¿Hay alguna teoría del derecho capaz de explicar de manera satisfactoria el neoconstitucionalismo?. Para abordar el tema, como se ha indicado, adoptamos una posición eminentemente analítica, partiendo de la premisa del neoconstitucionalismo como una realidad jurídica. No nos interesará, por tanto, cualquier perspectiva ideológica que, conforme entendemos, es exactamente lo que la teoría del derecho vino a construir, posibilitando el desarrollo de una ciencia jurídica.

Nuestro segundo punto de análisis será confrontar el constitucionalismo contemporáneo con las teorías democráticas. Uno de los pilares del concepto constitucionalista está en la necesidad de reformular el concepto de democracia como método de decisión por las mayorías. Para el neoconstitucionalismo la democracia es un método válido para decidir cuestiones políticas. Sin embargo, no es el único. Siendo la constitución el ordenamiento fundamental de un Estado, las decisiones políticas deben estar pautadas por un respeto a las normas constitucionales, las cuales estará compuestas por derechos fundamentales, derechos constitucionales, normas de competencia y principios que permiten diferentes interpretaciones.

De esta forma, es frecuente que una concepción de democracia tal como se entiende en la Europa Occidental del Estado liberal sea considerablemente diferente de la concepción constitucionalista de democracia. Esta tensión se inicia con la célebre discusión iniciada en el constitucionalismo de los Estados Unidos de América en relación con la posibilidad de vinculación de las generaciones futuras por los constituyentes de un determinado momento. Sin embargo, el mayor punto de tensión entre la concepción clásica de democracia y el constitucionalismo está en la posibilidad que éste reserva al Poder Jurídico. La consideración de carácter normativo de la constitución, más allá de conferir mayor amplitud al control constitucional, acaba por causar una tensión muy evidente en lo que se refiere al carácter político de algunas decisiones judiciales.

Insistiendo sobre las relaciones entre constitucionalismo y democracia intentaremos profundizar en lo tratado en el Capítulo I en lo que se refiere a las

fuentes del derecho, trazando un paralelismo entre la construcción del mito de la ley como fuente hegemónica de derecho y producto de la llamada bondad general concebida por ROUSSEAU, como las causas que gradualmente llevarán a la decadencia de esa mitificación de la actividad legislativa. Así, haremos con el objeto de intentar recolocar la ley en una posición intermedia entre la que ocupaba en el Estado legislativo y la que le otorgan algunos constitucionalistas más radicales.

De esta forma, buscaremos hacer un resumen histórico sobre el origen de la concepción del principio de separación de poderes, con el fin de mejorar la situación en el contexto actual del derecho, así como intentar proporcionar elementos para un análisis más detallado de las propuestas neoconstitucionalistas sobre ese importante principio del Estado de derecho.

Como es fácil entender, es sobre la ley, como fuente hegemónica del derecho y del principio de separación de poderes, donde se sitúan, tal vez, los puntos de mayor tensión del constitucionalismo contemporáneo y, más en concreto, en la aplicación directa de los derechos sociales de prestaciones. Esa aplicación requiere innegablemente una actitud afirmativa por parte de los jueces, lo que es frecuentemente considerado una exageración por parte del Poder Judicial. En la misma línea, decisiones judiciales que tratan de cuestiones que, directa o indirectamente, repercuten en temas políticos, son acusadas de ilegítimas, porque son originadas de órganos, que aunque posean competencia, no poseen legitimidad para el examen de tales materias.

Así, en este punto trataremos de investigar si el neoconstitucionalismo es antidemocrático o incompatible con la democracia. También nos ocuparemos de tomar una posición sobre el lugar ocupado por la ley en el derecho contemporáneo así como analizar la intromisión de la política en las decisiones judiciales. ¿Al aplicar directamente un derecho social prestacional, estará el intérprete violando el principio democrático?. ¿Una decisión afirmativa que obliga al Poder Público a proporcionar determinado bien viola el principio de separación de poderes? ¿Está permitido al juez tratar de materia política?.

En tercer lugar, también en los capítulos iniciales, será objeto de la presente investigación los puntos más relevantes que afecta a la teoría de la norma. Uno de los puntos destacables, ofrecido por el constitucionalismo contemporáneo, es el papel reservado a los principios como verdaderas normas jurídicas, frente a su

consideración como meras promesas o adornos constitucionales. Teniendo en cuenta que las constituciones ocasionan un gran número de normas en forma de principios, la consideración de carácter normativo de las constituciones acaban trayendo consigo una rediscusión de la función de los principios en los ordenamientos jurídicos.

Para el constitucionalismo contemporáneo, la generalidad con que son formulados los principios impide que produzcan consecuencias jurídicas, generando, incluso, derechos subjetivos. También la presencia de principios aliados al control de la constitucionalidad acaba por presentar una serie de nuevos elementos en el proceso de aplicación del derecho, que ya no puede nunca ser sintetizado a través de la simple subsunción del hecho a norma jurídica. Los principios amplían considerablemente la actividad del intérprete, permitiendo que, en determinados casos concretos, ingresen en la discusión sobre la aplicación de una norma una serie de razones jurídicas ligadas a valores, bienes contrapuestos, parámetros de aplicación, etc. Esa nueva perspectiva de aplicación de normas jurídicas permite críticas en el sentido de que el proceso interpretativo acaba mezclando cuestiones jurídicas con cuestiones políticas, causando fuertes discusiones en el derecho.

De esta forma, considerando las diferentes teorías existentes sobre los principios, el Capítulo III de esta investigación procurará abordar algunas polémicas sobre el papel ejercido por los principios de la teoría normativa o hermenéutica. Para tal tarea, inicialmente realizaremos un acercamiento conceptual sobre las características de los principios, a fin de identificar características que le son propias. En ese punto, buscaremos comprobar cuál es la línea que separa los principios de las reglas. ¿Existe en realidad tal distinción?

En un segundo momento, buscaremos en las principales teorías normativas y lingüísticas, contrastar algunos puntos polémicos en la identificación de principios. Este punto, que parece evidente, queda dificultado por la existencia de una serie de enunciados cuya lectura no revela, en un primer momento, si estamos ante una regla o un principio. De esta forma, ¿cómo descubrir la función que ejerce determinada norma en un determinado ordenamiento jurídico?

Finalmente, a partir del examen de los procesos de ponderación y de interacción propias de reglas y principios, buscaremos suministrar bases más sólidas para el estudio de las posibilidades normativas de cada uno de estos tipos de

normas. Considerando que los derechos sociales prestacionales – sea por la imposibilidad de definición de la prestación necesaria a priori, sea por la dependencia de las condiciones del caso concreto para revelar sus posibilidades -; generalmente vienen previstos en las constituciones a través de principios; un examen detallado de ese tipo de norma resulta ser de extrema relevancia cuando se analizan los sistemas jurídicos en concreto, lo cual se analizará en el capítulo siguiente.

En el cuarto y último capítulo de la presente investigación analizaremos específicamente los derechos sociales prestacionales y su aplicabilidad. Inicialmente, abordaremos el origen de esos derechos y su proceso de formación, con el fin de verificar sus fundamentos, los cuales creemos son de extrema importancia en la definición de criterios de aplicación o incluso de una lógica interpretativa. En esta parte es un punto fundamental el análisis de las características de los derechos sociales, lo cual permite identificar tales derechos entre los demás derechos constitucionales, así como investigar sobre sus funciones dentro del ordenamiento. ¿Pueden los derechos sociales ser descontextualizados del momento social y político que vive determinado Estado? ¿Poseen estos derechos características diferentes de los derechos de libertad? Serán estas las cuestiones de las cuales se ocupa la presente investigación en la parte inicial del Capítulo IV.

Una vez que los derechos sociales son considerados derechos muy genéricos, generalmente vehiculados a partir de principios jurídicos, buscaremos verificar si el estudio de sus finalidades y particularidades, así como su intrínseca relación con algunos bienes jurídicos fundamentales, tales como dignidad e igualdad, permite restringir sus interminables posibilidades de aplicación, dando un paso más en la reducción de los problemas que están relacionados a su aplicabilidad directa.

Además, será importante tratar sobre cómo los derechos sociales prestacionales se diferencian de otros tipos de derechos sociales. Debe ser considerado que los derechos sociales son producto de una maduración progresiva y de una forma de complementación de los clásicos derechos de libertad ante algunos nuevos problemas generados por una nueva forma de organización social. Así, siguiendo ese proceso de evolución también es posible que sean divididos en

varias categorías, de acuerdo con su objeto y formas de actuación. Hay, por ejemplo, derechos sociales de protección normativa, que se realizan por la introducción simple de la norma. Sin embargo, en el caso de los derechos sociales prestacionales, existe la necesidad de posibilitar un bien material específico a un individuo. Así, se multiplican los problemas en su aplicación, por cuanto se generarán conflictos por la opción política de a quién se ha de dar, así como una serie de cuestiones operativas propias de cualquier proceso de compraventa y distribución que implique al Estado.

Si sumamos a esos problemas la cuestión de la tutela individual, resulta fácil constatar la dificultad de su aplicación pues esa determinación de disposición vendrá de un órgano extraño a la Administración, de forma individualizada; así como será proveniente de un poder, en teoría, sin legitimidad democrática para tomar tal decisión “política”. Véase que en los casos en que tales prestaciones son reguladas por ley, su propia generalidad, unida al principio de legalidad, resuelve todos esos problemas, ya que la generalidad de la ley impide cualquier crítica a la violación de la igualdad en los criterios de distribución, así como la consolidación del principio de la legalidad no causa problemas de interferencia legislativa en las acciones del Poder Ejecutivo. Además, la orden legislativa consiste en la expresión de la voluntad democrática, siendo el instrumento consolidado a lo largo de los últimos tiempos como forma primera –y, para algunos, única– de expresión de las decisiones políticas.

Ante estas dificultades, buscaremos aportar las principales críticas –sean ellas jurídicas o políticas– a la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales. En esta línea, serán examinadas las principales trabas colocadas por la doctrina que se opone a su aplicabilidad, con el fin de hacer un elenco de los argumentos que se utilizan para sostener la dependencia de la ley para que los derechos sociales prestacionales puedan generar derechos subjetivos individuales. Además de las dificultades arriba tratadas, podemos ejemplificar los problemas normativos de aplicación, ya que vienen generalmente vehiculados a partir de principios, la condición meramente programática de esas normas, la ausencia de recursos materiales para atender todos los posibles derechos sociales prestacionales –que serían prácticamente infinitos–, las dificultades de definición de

su objeto, momento o cantidad, la ofensa al principio de la separación de poderes causada por la orden judicial del Poder Ejecutivo en estas materias, etc.

Como se observa, argumentos no faltan para que sea negada la aplicabilidad directa a los derechos sociales prestacionales. Su proceso, que podemos llamar, de no aplicación cuenta aún con la tradición histórica, que siempre vio en esos derechos la condición de objetivos políticos, normas meramente programáticas. Para negarles aplicabilidad es suficiente el mantenimiento de la doctrina relativa al momento de su creación, por lo que no faltan argumentos en este sentido.

Mientras, muy influenciada por gran parte de las innovaciones aportadas por el constitucionalismo contemporáneo – principalmente en el que se refiere a la materias tratadas en los Capítulos I, II e III de esta investigación– se ha observado un crecimiento gradual de una doctrina y práctica jurídica que entiende posible la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales. A pesar de todas las dificultades generadas en esa aplicación, se observa la presentación de interesantes argumentos que pretenden superar las dificultades siempre opuestas a los derechos sociales prestacionales, sustentando la posibilidad de su aplicación directa como derechos subjetivo individual.

Esas teorías se utilizan, tal como se ha referido, para las soluciones creativas, explorando posibilidades aportadas por la teoría del derecho, tal como se destaca de la práctica jurídica como importante fuente de derecho (concepción positivista del derecho como autoridad). En el campo democrático y político se destaca la consideración de la constitución como instrumento de vinculación política de los cuerpos legislativos y de la posibilidad de ampliación de la constitución en el control de los actos políticos, inclusive de la omisión inconstitucional. Incluso, en el aspecto normativo, se verifica la utilización de la lógica de aplicación de los principios como ampliación de los campos normativos, así como la consideración de las situaciones concretas y el proceso de ponderación como forma de posibilitar la aplicación directa de principios a partir de la creación de la regla de ponderación y la reducción de la generalidad del principio a partir de elementos del caso concreto.

De esta forma, consideradas tanto las teorías contrarias como las favorables a la aplicación de los derechos sociales prestacionales, será nuestro objetivo confrontarlas con los puntos abordados en los tres capítulos introductorios, que marcan el referencial teórico de esta investigación y delimitan los puntos de

abordaje. A partir de esas tres perspectivas de análisis del constitucionalismo contemporáneo -teoría del derecho, constitución, democracia y teoría normativa- creemos poder ofrecer un diagnóstico más cualificado sobre la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales como aptos para amparar las pretensiones individuales, objeto principal de esta investigación.

Somos conocedores de que la investigación es una pieza fundamental de una tesis doctoral, sea cual sea la necesidad de examen más puntual de un determinado tema. Sin embargo, por el tiempo de estudio que hemos dedicado al tema, entendemos que un análisis sobre la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales que no tenga en cuenta las alteraciones en el modelo jurídico aportadas por algunas teorías propias del constitucionalismo contemporáneo acaba por dedicarse más a la justificación de una posición contraria o favorable más que propiamente a analizar uno de los temas más complejos del derecho actual.

Lo que se presenta como principal fundamento de esta investigación es el análisis de cómo las innovaciones traídas por la doctrina constitucionalista actual (neoconstitucionalismo) posibilitan un nuevo aliento a la discusión sobre la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales. Considerando que, por el análisis de la práctica jurídica, se verifica que hay ordenamientos que acogen en mayor o menor grado esas ideas, confirmando una mayor o menor aplicación a los derechos sociales prestacionales como derechos subjetivos, el punto central de este estudio será el de responder las cuestiones siguientes: ¿Alguno de esos ordenamientos puede ser considerado equivocado o contradictorio? ¿Hay una obligación o prohibición de aplicar directamente derechos sociales prestacionales? ¿Por qué, aún en los ordenamientos que reconocen derechos sociales prestacionales, solamente algunos de esos derechos son reconocidos?.

Así, obedeciendo los referenciales teóricos trazados en los Capítulos que siguen, pensamos que es posible ofrecer una respuesta adecuada y coherente a tales cuestiones, dirimiendo, al menos, algunos de los puntos de la discusión. Si la presente investigación se prestase sólo para aclarar los puntos de fricción real entre las teorías contrarias y favorables a la aplicación de los derechos sociales prestacionales, así como revelar la compatibilidad e incompatibilidad entre los argumentos que defienden, tenemos ya el reconocimiento de algún mérito para el presente estudio.

CAPÍTULO I – CONSTITUCIONALISMO Y LA TEORÍA DEL DERECHO

1.1 EL IUSNATURALISMO

El iusnaturalismo siempre dominó el pensamiento jurídico desde el mundo clásico hasta ser sustituido, en muchos ordenamientos, por el positivismo jurídico, su gran opositor, a fines del siglo XIX. Aunque haya sido sustituido por el modelo iuspositivista, el iusnaturalismo, sus concepciones sobre el Derecho Natural y la importancia de la moral en el concepto de derecho siempre se mantuvieron presentes en las discusiones jurídicas, presentándose frecuentemente como eterno contrapunto a las ideas positivistas. Sin embargo, con la aparición de sistemas constitucionales que prevén una serie de normas materiales y de doctrinas constitucionales que cuestionan fuertemente su compatibilidad con una concepción positivista sobre el derecho, se ha observado una vuelta de muchas de las ideas propias de una concepción iusnaturalista, que han sido rescatadas por el movimiento jurídico denominado neoconstitucionalismo.

De entre estas ideas iusnaturalistas rescatadas, se ha de destacar la de la relación necesaria entre el derecho y la moral; la relativa a otras fuentes del derecho que no la ley y la relación entre el derecho y la política. Pasaremos, por lo tanto, a tratar cada uno de estos puntos a partir de las diversas formas de entender el concepto de derecho existentes dentro de la teoría general del derecho, lo que, tal y como lo entendemos, parece imprescindible para una correcta comprensión del neoconstitucionalismo como teoría del derecho.

A partir de un pensamiento jurídico acostumbrado a una visión y a una lógica iuspositivista, es común que cualquier mención al pensamiento iusnaturalista esté asociado a una imagen romántica y utópica del derecho; o incluso a una dimensión eminentemente filosófica de éste, que no encuentra o no puede encontrar cualquier aplicación práctica. Pero parece pretencioso relegar a una posición meramente accesoria una teoría jurídica que durante tanto tiempo dominó el escenario jurídico. ¿Sería el iusnaturalismo tan básico como construcción jurídica que su teoría serviría solamente como crítica filosófica al derecho positivo? O, por lo contrario, ¿será

correcto afirmar que, a partir de la teoría neoconstitucionalista y del rescate de contenidos valorativos, tendríamos una vuelta de la concepción iusnaturalista sobre el derecho?

Tales cuestiones, impulsadas por un crecimiento sustancial de esa relación entre derecho y conceptos materiales, relacionados con conceptos morales y previstos en las constituciones en la forma de derechos fundamentales que caracteriza el neoconstitucionalismo, permite el retorno de viejas discusiones características de la concepción iusnaturalista sobre el derecho. Retornan con fuerza a los debates jurídicos las críticas a las concepciones positivistas, así como la clásica discusión sobre la conexión necesaria entre derecho y moral.

Por nuestra parte, siguiendo a M. FARREL, somos de la opinión de que una concepción iusnaturalista de derecho no es del todo incompatible con la concepción iuspositivista o, al menos, sus tesis no son totalmente antagónicas. En un modelo contemporáneo de derecho, donde los derechos fundamentales actúan como puertas de entrada de conceptos morales en los ordenamientos jurídicos, la relativa incompatibilidad entre estas teorías debe ser aclarada.²

En las páginas siguientes procuraremos exponer una definición de la teoría iusnaturalista, con el fin de abordar algunas de sus principales ideas como teoría del derecho. Adelantamos que, en nuestra opinión, tanto iusnaturalismo como positivismo –aunque ambas constituyan teorías del derecho– se proponen responder a dos cuestiones distintas sobre el derecho. En razón de eso, como destaca FARREL, su contradicción es, en cierta forma, aparente. Mientras el positivismo jurídico se ocupa de un problema de identificación del derecho, la preocupación iusnaturalista trata de esa cuestión de forma accesoria en su tarea de determinar el contenido del derecho.

1.1.1 Evolución de la concepción iusnaturalista sobre el derecho

La concepción iusnaturalista dominó el escenario jurídico por un periodo incomparablemente mayor que su reciente opositor, el positivismo, ya que quizás se

² FARREL, Martin. ¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?, in DOXA, n. 21, vol. II, p. 121.

pueda decir que el iusnaturalismo nace junto con la propia concepción de derecho. Desde la Grecia clásica –donde a partir de los estudios de SÓFOCLES, PLATÓN y ARISTÓTELES, podemos encontrar un pensamiento coherente sobre el derecho y recomendaciones sobre lo que éste debería contener–, hasta los días actuales, el pensamiento iusnaturalista se hace presente en el medio jurídico. En razón de eso, resulta evidente que su discurso no es –y tampoco podría ser–, unívoco, sufriendo a lo largo del tiempo una serie de cambios en algunas de sus tesis principales.³

Entre las variaciones de la teoría iusnaturalista, se puede mencionar como ejemplo la que se refiere al origen de la ley natural. Teorías más antiguas, dominadas por el pensamiento tomista, propugnan una racionalidad moral basada en lo divino, en la religión – en este caso la católica -, lo que caracterizaba la escuela denominada *escolástica*. Asociaba el origen de la ley natural a una voluntad divina, lo que se suele tratar por iusnaturalismo teológico. Esta relación entre ley natural y revelación divina puede ser atribuida en alguna manera a una necesaria vinculación entre ética y religión, lo que está claro en el pensamiento, por ejemplo, de CICERÓN, cuando define el derecho natural como la razón correcta, de acuerdo con la naturaleza, la cual es de aplicación universal, inmutable y eterna. Esta ley natural no estaría disponible a los hombres, que la podrían conocer, pero nunca alterarla. Una ley vale para todos los hombres donde quiera que estén y tiene a Dios como único legislador y juez. Atentar contra esa ley natural sería como atentar contra la propia naturaleza humana.⁴

En este sentido, es de gran importancia en la teoría iusnaturalista la sistematización de las diversas leyes de origen humano y metafísico formuladas por

³ Estos cambios en algunos pilares de la teoría iusnaturalista pueden ser explicados no sólo por el amplio período durante el cual ha dominado el escenario jurídico, sino también por las grandes mudanzas acontecidas en la realidad social y corrientes culturales que se han ido sucediendo, tales como el renacimiento, el iluminismo, etc., movimientos que alteraron todo el pensamiento social – marcando la transición a la edad moderna– y reflejado en las artes y ciencias, por lo que no podría dejar de influir de forma considerable en el pensamiento jurídico.

⁴ “True law is right reason in agreement with nature; it is of universal application, unchanging and everlasting; it summons to duty by its commands, and adverts from wrongdoing by its prohibitions. And it does not lay its commands or prohibitions upon good men in vain, though neither have any effect on the wicked. It is a sin to try to alter this law, nor is it allowable to attempt to repeal any part of it, and it is impossible to abolish it entirely. We cannot be freed from its obligations by senate or people, and we need not look outside ourselves for an expounder or interpreter of it. And there will not be different laws at Rome and at Athens, or different laws now and in the future, but one eternal and unchangeable law will be valid for all nations and all times, and there will be one master and ruler, that is, God, over us all, for he is the author of this law, its promulgator, and its enforcing judge. Whoever is disobedient is fleeing from himself and denying his human nature, and by reason of this very fact he will suffer the worst penalties, even if he escapes what is commonly considered punishment.” (BIX, B., “Natural law theory”, *A companion to philosophy of law and legal theory*, Ed. Dennis Patterson, London: Blackwell Publishers, 1996, p. 224).

Santo Tomás de AQUINO, ya desde el siglo XIII (*Summa Theologiae*), cuando definió diferentes tipos de leyes: ley eterna, leyes divinas, ley natural y leyes humanas (positivas), siendo las dos últimas las que interesan más específicamente a la ciencia del derecho. No obstante, no se puede negar la gran influencia ejercida por la metafísica teológica en el desarrollo de la doctrina del derecho natural. Esa superioridad de la ley natural –consecuencia natural de cualquier hecho de procedencia divina– permite defender una determinada ascendencia de determinados contenidos materiales revelados a través de la tradición religiosa sobre los acuerdos que posiblemente pudiesen ser producidos por el hombre una vez organizado en sociedad. Como explica BOBBIO, el derecho natural se coloca en una posición de superioridad frente al derecho positivo porque está visto como “una norma fundada en la misma voluntad de Dios y dada a conocer por ésta a la razón humana o, como dice San Pablo, como la ley escrita por Dios en el corazón de los hombres.”⁵

Otro punto que se destaca en la fuerte relación del derecho natural y su fuente teológica –principalmente la cristiana – y que importa verdaderamente a los derechos fundamentales contemporáneos, se refiere a la concepción del hombre como digno de igual respeto y consideración frente a Dios y a los demás, lo que se podría considerar el embrión del concepto de dignidad de la persona humana.⁶

Las tesis iusnaturalistas fueron retrocediendo en el curso de los siglos con el proceso de secularización que se extendió por todos los campos científicos, intelectuales o artísticos posteriores al renacimiento. Este fenómeno social, evidentemente está reflejado en el ámbito jurídico a partir de la alteración en el origen de la ley natural. Esta deja de tener origen divino para ser considerada como algo connatural a los seres humanos y, en seguida, pasa a ser producto de la razón

⁵ BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. (trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi), Madrid: Editorial Debate, 1993. p. 43.

⁶ Resulta innegable la contribución que ha aportado el Cristianismo a un proceso de reconocimiento de derechos naturales relativos a la dignidad de la persona humana. La doctrina cristiana sostenía la importancia única del individuo, así como la necesidad de ayuda a los necesitados. Existiendo una ley superior que se sobreponía al poder temporal y que regía el universo, el camino hasta una concepción de derechos que serían indispensables para mantener esta condición de dignidad del ser humano ya estaba creado. Para un estudio más profundo sobre la materia sugerimos ver OSUNA Fernández-Largo, Antonio. *Teoría de los derechos humanos – Conocer para practicar*. Madrid: Esteban-Edibesa., 2001.

humana.⁷ Sin embargo, jamás pierde su cualidad de ley superior, lo cual es imprescindible para mantener la coherencia iusnaturalista.

En ese punto, es interesante observar que cualquiera de las concepciones iusnaturalistas jamás ha sido contraria a la existencia de un ordenamiento positivo.⁸ Este siempre ha sido considerado por la teoría iusnaturalista como un derecho necesario a la regulación social, un derecho común que estaba condicionado por su conformación al derecho natural. El derecho natural, por lo tanto, es parámetro de validez del derecho común (positivo). Tal reconocimiento del derecho positivo avanza hasta tal punto, que algunos autores “iusnaturalistas” más modernos llegan a reconocer la teoría monista de derecho. Es el caso, por ejemplo, de la división del pensamiento iusnaturalista en ontológico y deontológico. Conforme explica DORADO PORRAS, el iusnaturalismo ontológico concibe al derecho natural como el “ser” del derecho, mientras que la corriente deontológica lo concibe como el “deber ser”.⁹ Así, dentro de esa lógica deontológica, el derecho natural estaría relegado a una mera función crítica del derecho positivo, reducido al desarrollo de valores morales y éticos, que deberían ser incorporados al derecho positivo.¹⁰ Al admitir una tesis monista, concibe el derecho positivo como único derecho, sustituyendo el absolutismo moral del iusnaturalismo ontológico por una postura, quizás, demasiado moderada. Se restringe, por lo tanto, a formular un código de normas morales que contengan las exigencias básicas dirigidas al derecho.

Aún en lo que se refiere a la relación entre el derecho natural y la moral, es común la existencia de problemas generados por la identificación del derecho

⁷ Para B. BIX, “For some, this is meant literally: that there are law-like standards that have been stated in or can be derived from divine revelation, religious texts, a careful study of human nature or consideration of nature”. *Natural law theory*. “A companion to philosophy of law and legal theory”, Ed. Dennis Patterson, Blackwell Publishers, 1996, p. 223.

⁸ En este sentido la afirmación de Javier DORADO PORRAS: “El iusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural.” (*Iusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del positivismo*, p. 54)

⁹ DORADO PORRAS, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas” n. 33, Madrid: Dykinson, 2004, p. 53

¹⁰ Como indicaremos más adelante, cuando tratemos de las características del iusnaturalismo, precisamente por el hecho de no concebir el Derecho Natural como condición de validez del derecho positivo, el llamado *iusnaturalismo deóntico* no puede ser concebido más que como una corriente positivista – lo que se explica por su origen posterior a esta teoría jurídica – la cual tiene por función definir no el Derecho, sino la Filosofía del Derecho. Como apunta E. DÍAZ, la concepción del iusnaturalismo deontológico consiste simplemente en “admitir la existencia de valores jurídicos universales e inmutables sin pensar que estos sean propia y realmente Derecho, sino más bien Ética, siendo esta una actitud que puede encontrarse con cierta frecuencia en autores iusnaturalistas actuales.” (DÍAZ, Elías. “Introducción a la sociología del Derecho natural”, en Kelsen, H., BOBBIO, N. (et al.) *Crítica del Derecho natural*, introd., y trad. de E. Díaz, Madrid: Taurus, 1966, p. 10-11). Sin embargo, como más adelante trataremos, el iusnaturalismo deontológico tendrá su función esencial en el complejo proceso de interpretación e incluso en la definición de los derechos fundamentales, propios del constitucionalismo.

natural como sinónimo de moral correcta.¹¹ En este caso, parece importante considerar que los postulados morales poseen una amplitud mucho más grande que el derecho natural.¹² Aunque sea evidente una conexión entre ambos en algunos puntos, el derecho natural está limitado a materias directamente relacionadas al derecho, mientras que la moral puede ser extendida a una serie mucho mayor de situaciones.¹³ Es natural que una concepción iusnaturalista sobre el derecho, que se proponga relacionar el concepto de derecho con su adecuación a normas metafísicas, necesariamente será caracterizada por su relación con los criterios de justicia, los cuales son inherentes a una concepción moral. Todavía, incluso en una perspectiva iusnaturalista de derecho, no nos parece acertado afirmar que el derecho natural puede ser confundido con la moral. En algunos casos puede haber tal correspondencia, pero los postulados del derecho natural son de contenido mucho más restricto que la moral, ya que no tratan de una moral general, sino de una moral específica: la moral jurídica.

¹¹ Sobre la consideración de derecho natural como moral correcta escribe DORADO PORRAS que, aunque destaque la existencia de varias teorías distintas que son clasificados bajo la denominación "iusnaturalismo", la verdadera tesis defendida por esta concepción de derecho "supone que existe una vinculación necesaria entre Derecho positivo y moral correcta, de forma que no deben incluirse en tal concepto aquellas normas o sistemas de normas que sean materialmente injustos, es decir, contrarios a esa moral correcta a la que se denomina Derecho natural". (DORADO PORRAS., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 61). No compartimos esta simplificación.

¹² También en relación con este punto discrepamos de las críticas iuspositivistas que relacionan los postulados del derecho natural con toda la moral correcta, como, por ejemplo, DORADO PORRAS, citando Kelsen cuando afirma que: "La moral correcta es, así, deducida de «lo que debería ser la naturaleza humana, de lo que sería si se adecuase al Derecho natural. Lo que se deduce de la naturaleza, es decir, de la naturaleza real del hombre, no es la ley natural, sino la naturaleza del hombre, una naturaleza ideal que se deduce de un Derecho natural previamente supuesto»." (DORADO PORRAS, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 73). Entendemos equivocado confundir el Derecho natural con la ética jurídica, puesto que esto contraría la noción histórica de Derecho natural o, como afirma L. PRIETO, "parece cuando menos abusivo identificar el derecho natural con todo posible enfoque crítico o valorativo a propósito del Derecho positivo" ("La doctrina del Derecho natural", Lección 2ª de Lecciones de Teoría del Derecho, Madrid: MacGraw Hill, 1997, p. 62-63). "El Derecho natural renovado, Derecho natural deontológico o Derecho natural como ética jurídica no equivale a cualquier contenido del Derecho natural, sino al que está a servicio de la dignidad humana y sus derechos, o en palabras de L. Prieto "del hombre y su libertad"." (G. PECES BARBA, E. FERNÁNDEZ. R. de ASIS., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 309).

¹³ En este punto, no compartimos la opinión de S. NINO cuando afirma que: "La vieja polémica entre el *iusnaturalismo* y el *positivismo jurídico* gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría que, mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión. Pero acabamos de ver que hay muchas formas muy diferentes de sostener que hay una vinculación importante entre derecho y moral. No puede pensarse que el iusnaturalismo afirme las diez tesis que se acaban de exponer y el positivismo se oponga a todas ellas. ¿Cuál es, entonces, la tesis acerca de la relación entre derecho y moral que el iusnaturalismo defiende y que el positivismo ataca? (NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ariel, 1987, p. 18). En un sentido contrario al de NINO y como refuerzo del argumento que presentamos, basta que tengamos en cuenta la doctrina de varios autores iusnaturalistas de los siglos XVIII y XIX que reducían los contenidos que debería tener el derecho (derecho natural) a criterios morales restrictos, los cuales no incorporaban toda la moral, como es el caso de KANT y HEGEL, el pensamiento utilitarista inglés de J. S. MILL y J. BENTHAM, o al caso de la escuela de la exégesis con F.C. SAVIGNY, lo cual hacía referencia a criterios históricos que deberían guiar los contenidos del derecho.

Considerando las características de la teoría iusnaturalista, así como relativizando las críticas sobre algunos puntos de esa teoría en razón de las comprensibles alteraciones sufridas a lo largo del extenso tiempo de su existencia, parece posible relacionar algunas características principales que permiten identificar una concepción iusnaturalista sobre el derecho. Inicialmente es posible reunir las diversas corrientes teóricas iusnaturalistas alrededor de dos tesis principales. La primera, ubicada en el campo de la filosofía moral, que propone principios de justicia universalmente válidos, inmutables y accesibles a la razón humana, denotando una especie de *absolutismo moral*. La segunda tesis corresponde a una definición de un concepto de derecho según el cual solamente pueden ser consideradas jurídicas las normas que no contradigan los principios de justicia que constituyen el derecho natural.

Estas dos características son apuntadas por C. S. NINO cuando afirma que, aunque puedan existir algunas concepciones distintas del pensamiento iusnaturalista, existe la posibilidad de excluir de esta clasificación aquello que no cumpla, necesariamente, estos dos requisitos: “a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia.”¹⁴

Teniendo en cuenta lo que interesa a esta investigación, lo que caracteriza de forma definitiva el pensamiento iusnaturalista será la presencia de una norma material superior –el derecho natural–, la que determina contenidos “éticos” mínimos sobre determinados derechos a partir de una *prueba de validez*.

En las partes que siguen, trataremos de algunas características atribuidas a este derecho natural, con el fin de que sea posible destacar la actualidad del tema en la teoría del derecho contemporánea, principalmente en lo que se refiere a las proposiciones del neoconstitucionalismo y sus frecuentes referencias a la tesis del iusnaturalismo.

¹⁴ NINO, S. *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 28.

1.1.2 Concepto de iusnaturalismo

El elemento de referencia de una teoría que tenga la pretensión de ser clasificada como iusnaturalista está en el hecho de tener como punto de partida la existencia de un derecho natural. Este *derecho natural* es definido por G. FASSÓ como “un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (Derecho positivo)”, el que “tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al Derecho positivo y, en caso de conflicto con este último, debe prevalecer sobre el mismo”.¹⁵ La existencia de esa ley superior que limita la posibilidad de creación del derecho por los hombres, y que se confunde con criterios éticos y de valor, constituye la antítesis a lo defendido por su principal opositor, el positivismo jurídico, según el cual el único derecho es el que establece el Estado y cuya validez es independiente de cualquier referencia a valores éticos.

Si consideramos las características atribuidas al pensamiento iusnaturalista como ciencia del derecho, resulta claro que esta teoría no se limita a identificar el derecho, sino también a jerarquizarlo y a definir contenidos que necesariamente deben estar presentes. De esta forma, resulta muy claro que no es el hecho de ser desvelado por Dios, por la razón o por la justicia, es decir, el origen del derecho natural, el elemento que unifica las tesis iusnaturalistas. Lo que se destaca en la concepción de derecho natural son dos puntos principales, cuya falta de comprensión obscurece la posibilidad de una visión clara de la tesis iusnaturalista; el primero consiste en el hecho de que, con el derecho natural, el iusnaturalismo siempre defendió una idea de ley superior (*higher law*); el segundo consiste en el hecho de que esa ley superior se ocupa de contenidos materiales, los cuales no pueden ser confrontados por el derecho común (*lower law*).

Estas dos características fundamentales del derecho natural actúan de forma combinada, pudiéndose afirmar que solamente hay fundamento en la concepción de contenidos materiales esenciales en los ordenamientos jurídicos si estos están garantizados por una *higher law*.¹⁶ El hecho de que esas normas fundamentales

¹⁵ FASSÓ, G. “Iusnaturalismo”, en *Diccionario de Política*, N. Bobbio, N. Mateucci y G. Pasquino (editores), 7ª ed., Madrid: Siglo XXI editores, 1991, p. 836-7.

¹⁶ Nos parece que la traducción en este caso para *higher law* debe ser la de ley superior y no derecho superior, dado que no lo haciendo la definición no sirve para explicar una teoría que pretende definir el derecho (y no los derechos). Siempre ha

que funcionan como condición de validez de las normas comunes –formuladas mediante el acuerdo social y por el poder político– está presente en todo el pensamiento iusnaturalista, y consiste en la atribución de una finalidad al derecho: la corrección ética y adecuación a normas que le son anteriores y superiores. La función del derecho natural, de esa forma, será la de determinar qué normas pueden convertirse en derecho, actuando como criterio de validez para todo el derecho positivo. Por otro lado, sus determinaciones son fuente de derecho para las personas, que podrían exigir su cumplimiento, no pudiendo ser apropiadas por el poder político.

Lo que aquí queremos demostrar es que la concepción de derecho iusnaturalista (al menos su parte principal) no se resume solamente a la pregunta iuspositivista sobre cómo identificar el derecho (*What's the law?*). Por supuesto que abarca también esa interrogante, pero de manera accesorio. Sin embargo, su cuestión principal se refiere a lo que debe contener el derecho (*What does the law requires?*). Si tal perspectiva es correcta, al analizar la tesis iusnaturalista debemos considerar que esta teoría se propone como respuesta a esas dos interrogantes, y no solamente a la primera, como es el caso del positivismo jurídico. En ese caso, resulta evidente la necesidad iusnaturalista de condicionar el derecho a la moral.

Considerando tal perspectiva, resulta posible verificar que la discusión sobre el papel de la moral en la definición del derecho surge junto con la propia tesis positivista, en el contrapunto que hace al iusnaturalismo. Tal discusión se ha revelado como uno de los temas más célebres de discusión en los medios jurídicos hasta los días actuales. Sin embargo, como anteriormente se ha afirmado, la oposición entre tales teorías no es total, principalmente cuando consideramos que buscan contestar a cuestiones diversas.

A partir del neoconstitucionalismo, que propone la afirmación del carácter normativo de la constitución, la existencia de Tribunales Constitucionales capaces de hacer juicios de adecuación material de las leyes y, principalmente, la presencia de un catálogo de derechos fundamentales normalmente previstos en forma de principios, las críticas a las teorías positivas se hicieron cada vez más frecuentes, incluso en defensa de volver a tomar algunas de las ideas iusnaturalistas. Tal

estado claro en la concepción iusnaturalista la coexistencia entre el derecho natural y el derecho positivo, por lo que se puede hablar de ley natural y leyes positivas como integrantes de un mismo concepto de derecho aunque posean fuentes diversas y jerarquías diferentes.

fenómeno puede ser comprobado por la relativa incertidumbre en el momento de clasificar algunos exponentes de la doctrina como iusnaturalistas o positivistas.¹⁷

A fin de perfilar una doctrina adecuada para la construcción de los derechos fundamentales, lo que parece importante, en un primer abordaje sobre la doctrina iusnaturalista, está en considerar que la gran objeción que ha sufrido esta tesis después de la crítica iuspositivista está en que los contenidos que “debería contener el derecho” no serían posibles de determinar. Así, el iusnaturalismo no sería capaz de proporcionar una seguridad jurídica, ni una forma de identificar si un determinado contenido es o no es jurídico (o, incluso, si es o no derecho válido). En esta línea, es esencial para comprender la oposición real o aparente entre iusnaturalismo e iuspositivismo como teorías del derecho, la consideración de que una teoría del derecho, que tiene como objeto sólo la forma de identificar el derecho sin preocuparse con su contenido, sólo existe a partir del inicio de la doctrina iuspositivista, la cual transforma su objeto en la determinación de “como identificar el derecho”, eliminando, de forma ideológica, el cuestionamiento sobre cuál debería ser el contenido de este derecho.

Así, si tenemos en cuenta que la pregunta que se propone el iuspositivismo es solamente responder a la afirmación a la cuestión “¿qué es el derecho?”, resulta fácil comprender las críticas que esta teoría viene sufriendo de los neoconstitucionalistas, que cuestionan severamente la compatibilidad de la explicación iuspositivista con la incorporación de contenidos abiertos y morales a las normas fundamentales. Lo que hace falta en una concepción iuspositivista ideológica es exactamente la respuesta a la cuestión “¿cuál es el contenido del derecho?”, además de la tradicional pregunta “¿cómo se identifica el derecho?”.

Actualmente, asistimos al desarrollo gradual del concepto y sentido de constitución como norma básica, inaugural y suprema de un Estado. Con la presencia cada vez más frecuente de contenidos morales en sus partes más importantes –como los derechos fundamentales– podemos considerar, incluso en una concepción iuspositivista, que hay ordenamientos que necesitan en sus normas supremas cuáles deben ser los contenidos materiales fundamentales del derecho,

¹⁷ En España tomemos por ejemplo los casos de Luis PRIETO SANCHÍS y G. PECES-BARBA. El primero, ciertamente entre los más brillantes y coherentes defensores del positivismo jurídico toma posiciones más próximas a una concepción defendida por neoconstitucionalista. Peces-Barba, si se analiza su tesis sobre legitimidad en el desarrollo de los derechos fundamentales y principios constitucionales, está mucho más próximo a una teoría iuspositivista.

vinculando al poder político y reconociendo derechos, incluso sin la estructura normativa tradicional. De esta forma, las constituciones modernas no disponen solamente sobre el proceso de producción de las normas jurídicas, sino, también, sobre su contenido (“*what the law requires*”). De ahí que resulte evidente que no se puede, al analizar este nuevo panorama jurídico, dejar de tomar en consideración una tradición milenaria a la hora de tratar un tema, como es el de la teoría iusnaturalista.

1.1.3 Organización normativa iusnaturalista

Sin ninguna pretensión de entrar de forma más intensa en la teoría de la norma jurídica, entendemos conveniente hacer algunas consideraciones acerca de la estructura normativa iusnaturalista en razón de la relevancia que la materia asume actualmente, principalmente ante la generalización que se observa en la estructura adoptada por los principios jurídicos. Este redescubrimiento de la doctrina iusnaturalista también es consecuencia de una oposición a la teoría normativa formulada en el período del Estado decimonónico, donde las normas jurídicas deberían presentar una estructura estándar, con supuesto de hecho y solución preconcebida. Lo que no siguiera esta fórmula, no tenía valor de norma.

A partir de una cierta revolución en el sistema jurídico y de la consideración de la fuerza vinculante de la constitución, los principios pasan a ser leídos como verdaderas normas jurídicas, abiertas, abstractas y que demandan un proceso de interpretación más complejo. La previsión de criterios materiales en las constituciones dotados de fuerza normativa y, por consecuencia, vinculantes a todo el resto del ordenamiento jurídico, principalmente las leyes, presenta –aunque con diferencias considerables – una similitud con la estructura normativa del derecho natural iusnaturalista, lo cual provoca una consecuente relectura de la organización normativa iusnaturalista, principalmente en relación con la estructura abstracta de las normas de derecho natural y su concretización.

En primer lugar, hay que destacar la admisibilidad para los iusnaturalistas de la presencia de un derecho escrito, positivo, lo cual puede conferir criterios más fácilmente comprensibles en orden a regular las relaciones sociales. Así, resulta

posible en una concepción iusnaturalista la constitución de un sistema exhaustivo de reglas comprendiendo casi la totalidad de las conductas sociales. Sin embargo, -de ahí la gran particularidad del sistema iusnaturalista-, estas reglas estarían materialmente subordinadas a un criterio de justicia para las soluciones que apuntasen. Desde el punto de vista del juez, lo único que haría falta en este caso sería la realización de este test de adecuación del derecho positivo (en general previsto en forma de regla) al sistema de valores descubierto por la razón crítica.¹⁸

Por otro lado, la teoría iusnaturalista, aunque aceptase la presencia del derecho positivo, no lo tenía como elemento indispensable para la existencia del derecho, pues las normas pueden ser “descubiertas” en el derecho natural y, más importante, ser aplicadas directamente, tal como se propone con las normas constitucionales por parte del neoconstitucionalismo. Ante la ausencia de normas positivadas, corresponde al juzgador probar su pertenencia al derecho natural, así como el carácter acertado de la solución establecida con la situación concreta en relación con los postulados del derecho natural. La tarea de aplicación, en este caso, es mucho más compleja, una vez que hay un gran margen de soluciones posibles a una misma situación. Todo dependerá de la racionalización realizada por el magistrado, que deberá “construir” una solución a partir de los postulados del derecho natural.¹⁹

¹⁸ No utilizamos la expresión “control de la regla” simplemente porque esto lleva a un reduccionismo relacionado solamente con el control abstracto. En un sistema de valores, tal como se considera el iusnaturalismo, pero principalmente el constitucionalismo, la regla puede estar sujeta a un doble control de su adecuación constitucional o valorativa: el primero, normal, de acuerdo con su previsión en relación al ordenamiento jurídico, al cual se conoce como control abstracto; el segundo, en relación con la adecuación de las consecuencias generadas por la aplicación del comando normativo al caso concreto. Este punto será desarrollado en parte posterior del estudio, por lo que hacemos tal consideración solamente para explicar el empleo de la expresión.

¹⁹ Sobre la posibilidad de soluciones posibles a partir de un mismo enunciado se encuentra una de las grandes diferencias entre el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo. Este último defendía la tesis de la única solución correcta, la única posible según criterios de justicia. Ya en el neoconstitucionalismo, al menos en sus autores más importantes como Gustavo ZAGREBELSKY, Luis PRIETO, R. ALEXY, Neil MACCORMICK, se admite la solución más adecuada dentro de las posibilidades y de la falibilidad. Lo que se exige es solamente el esfuerzo en el sentido de analizar y encontrar una solución adecuada entre varias posibles. Así resume Luis PRIETO, *verbis*: “Quiero decir, en suma, que se puede postular que la interpretación del Derecho constituye una actividad racional e intersubjetiva, sin tener que sostener también que el ejercicio de la misma conduce siempre a una única solución aceptable, ni desde la perspectiva del marco normativo aplicable, ni de la óptica de la racionalidad argumentativa; pues, como dice Alexy, «la razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o no en absoluto» (R. Alexy, 1994, p. 176). Esto explica la posición de autores como N. MacCormick (1986, p. 17 y 22), A. Aarnio (1987, p. 217; 1990) o el propio Alexy (1978, p. 33 ss. Y 302; 1988, p. 145 ss.), cultivadores todos ellos de las teorías de la argumentación y, sin embargo, escépticos respecto a la unidad de la solución justa; posición por lo demás plenamente posible desde la perspectiva de la interpretación constitucional, donde la decisión «nunca puede ser racionalizada totalmente» (K. Hesse, 1996, p. 51).” (PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?”, *Anuario de filosofía del derecho*, XIII, 1996, p. 140).

Sobre esta diferente estructura normativa, resulta posible afirmar que es un procedimiento más complejo que el propuesto por el iuspositivismo clásico, en el sentido de que añade dos problemas no existentes en este. El primero, es que la previsión abstracta de las normas superiores del derecho natural deben tener su contenido delimitado (desvelado) por la argumentación, además de proporcionar la única solución al caso: la justa. Por otro lado, este sistema dualista no se limita solamente a analizar determinada ley en el sentido formal de su producción jurídica (la conformidad con las normas de producción vigente), lo que FERNÁNDEZ-GALIANO y CASTRO CID llaman *legalidad*, sino que incorporan otro análisis, el referente al contenido de esta norma en relación con el derecho natural, llamado *legitimidad*.²⁰

Como se ha podido observar, la estructura normativa y la relación entre normas presentada en el modelo iusnaturalista se parece en muchos aspectos al sistema actual de reglas y principios destacado por el neoconstitucionalismo, lo que explica la creciente mención al pensamiento iusnaturalista cuando se discute la estructura abierta de las normas jurídicas.

Ocurre que ante la ausencia de una teoría hermenéutica clara de aplicación y, principalmente, de identificación de esas normas meta-jurídicas determinada por la invocación de las teorías iusnaturalistas en este aspecto, resulta posible afirmar que aún siguen de actualidad las críticas al positivismo, ya que sin un método procedimental claro de interpretación, la actividad del juzgador puede convertirse en arbitrariedad.²¹ En el sistema iusnaturalista, aunque puedan existir reglas, el criterio de su validez no es seguro. Además de la ya conocida dificultad de elaborar un juicio

²⁰ Según los autores: “Desde la perspectiva de esta ideología iusnaturalista cobra pleno sentido la distinción –enormemente fecunda en el terreno político– entre *legalidad* y *legitimidad*. La legalidad es la conformidad de un acto con la normativa vigente, con lo que resulta ser un concepto puramente formal: un acto es legal cuando se produce de acuerdo con lo que las normas positivas prescriben. Mas tal adecuación al derecho positivo, precisamente por ser formal, no hace referencia alguna a la posible justicia o injusticia del acto en cuestión, es decir, no tiene en absoluto carácter valorativo. La valoración le viene por su relación con el derecho natural, de la que se desprenderá la calificación como justo o injusto, apareciendo entonces la noción de legitimidad, que consistirá en la conformidad del comportamiento con las normas superiores del derecho natural.” (FERNÁNDEZ-GALIANO, A.; CASTRO CID, B.. *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. Madrid: Editorial Universitat S.A., 2ª edición, 1995, p. 292-3). En el análisis de L. GIANFORMAGGIO, ya considerando la doctrina iuspositivista, “el nexo dinámico entre las normas, es decir, la apelación al poder, tan sólo puede informar sobre la validez de una norma; mientras que el nexos de tipo estático, es decir, el recurso a la razón, está en condiciones de justificarla.” (“Cosa resta nella Allgemeine. Theorie der Normen dei sistemi normativi statici e dinamici?”, en *Sistemi normative statici e dinamici. Analisi de una tipologia kelseniana*, Torino: Giapichelli, 1991, p. 470)

²¹ Las críticas las entendemos procedentes en un análisis exclusivamente normativo. Si sumamos a esto la situación política de la época, donde lo que buscaban los teóricos eran garantías contra la arbitrariedad de un Estado absoluto, se hacen todavía más fuertes las razones positivistas. De acuerdo con la concepción de derechos fundamentales que considera estos derechos como garantías contra el poder del Estado este punto adquiere todavía más relevancia.

de validez, en el modelo iusnaturalista se suma la dificultad de identificar cuáles serían los verdaderos parámetros de esa validez—los criterios de validez— que, por el hecho de que son buscados en un derecho natural no claramente determinado, crean un relativismo intolerable en la definición del contenido del derecho. En ese punto, por más similitudes que se puedan encontrar entre el iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo, parecen irreconciliables cuando se trata de admitir que las normas constitucionales y los derechos fundamentales puedan tener su validez condicionada por un derecho natural meta-jurídico.

Por otro lado, el iusnaturalismo contribuye definitivamente con el neoconstitucionalismo a demostrar la posibilidad de construcción de una ciencia de interpretación adecuada a la presencia de normas de contenido material en la cumbre de los ordenamientos jurídicos, así como la posibilidad de un control material del contenido de las normas del ordenamiento jurídico a partir de esas normas superiores. En este caso, el iusnaturalismo no presupone, por lo tanto, “la negación de los criterios de validez del positivismo jurídico, sino la ampliación de éstos a través de una conexión obligatoria entre dichas «normas positivas» y una moral correcta”.²² Añade, esto sí, la idea de un derecho material superior y permite un control más allá del indiscutible criterio formal presente en el control de la validez. De esa forma, perfecciona la coherencia de los sistemas a través de la demarcación de un sentido común para el derecho.

1.1.4 El derecho natural

El proceso de secularización del pensamiento científico ocurrido a partir del siglo XVI se refleja en el derecho a través de la sustitución del origen divino del derecho natural. Con eso, la teoría iusnaturalista se enfrenta a un serio problema para encontrar una fuente aceptable a su criterio último de validez: el origen del derecho natural. Mientras era fundada en su origen divino, su fuente era incuestionable porque estaba basado en el dogma de la fe. A partir de la secularización del pensamiento jurídico, el proceso de “revelación” del derecho

²² DORADO PORRAS, Javier., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit. p. 89.

natural deja de contar con su fuente metafísica infalible e incuestionable, características de los hechos provenientes de lo divino. Pasa, por lo tanto, a ser sustituida por la razón. En esa nueva base, el derecho natural debe ser descubierto a partir de un proceso racional, atribuyéndose a éste una atemporalidad, no sujetándolo a una perspectiva histórica o a cualquier concepto de voluntad. Serían, por lo tanto, derechos necesarios e inherentes a los hombres por su simple condición humana, por lo que no se alteran en el tiempo y en el espacio. No hay voluntad en los derechos naturales, solamente discernimiento y razón.²³

Esa eliminación del elemento *voluntad* del derecho natural²⁴ constituye un primer paso en la dirección de la evolución de la ciencia jurídica y del concepto de derecho, en la medida en que busca, hasta cierto punto, una *neutralidad*²⁵, en relación con la presencia de una voluntad divina o política al derecho. De algún modo, la racionalización de los derechos naturales aparta el elemento *voluntad* de su concepto, posibilitando una concepción universal de los derechos naturales. Este es un paso fundamental para unificar un concepto de derecho universal, de forma que los postulados jurídicos pudiesen ser unificados y aplicados a todos los pueblos, ya que se consideraba la razón como característica propia y universal del género humano. Como refiere Luis PRIETO, “este Derecho natural pretendía apelar a lo que de común quedaba entre los hombres, ya irremediabilmente dividido a propósito de los valores revelados”.²⁶

Si por un lado esa nueva concepción iusnaturalista racionalista posibilita una universalización de los derechos –que no dependen de la comunión de creencia religiosa para reconocerlos–, por otro, deja de contar con la fuerza de coerción impuesta por la sanción divina, por lo que se hace necesario encontrar otra forma de protección a estos derechos. Además, en esta concepción más moderna, los

²³ Resulta importante esta concepción pues será definitiva en la formación del pensamiento neoconstitucionalista, especialmente en la parte referente a los derechos y las mayorías. Según este pensamiento, se debe considerar el Tribunal Constitucional como el órgano más adecuado para definir a los derechos fundamentales exactamente porque es el único de los poderes estatales (aquí generalizando como integrante de la función judicial) que no posee voluntad, sólo discernimiento.

²⁴ Si consideramos, por ejemplo, que el fundamento divino poseía voluntad y, por eso, no era aplicable a todos los hombres, sino que dependían de una dominación para la aceptación de determinados postulados religiosos, por ejemplo. La revelación mediante fuente divina quedaba condicionada a un proyecto divino y, consecuentemente, tenía una cierta voluntad.

²⁵ Utilizamos el término entre comillas a fin de no confundir con la tesis de la neutralidad iuspositivista, de la cual nos ocuparemos en seguida. Sin embargo, utilizamos el mismo término para relacionar intencionalmente con la tesis de la neutralidad.

²⁶ PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003, p. 38.

derechos ya no se conforman con una definición objetiva de la función destinada al hombre en el pensamiento medieval, sino que sufren un proceso de subjetividad o individualización, lo que aumenta la necesidad de buscar una forma de garantizar su protección.²⁷ Esta solución se hace posible a partir de las instituciones, que surgen de la relación de los derechos naturales con el contrato social. En ese modelo, a diferencia de una concepción estatal absolutista basada en la *voluntad y revelación*, los derechos naturales constituyen el propio fundamento del contrato social y, en consecuencia, de las instituciones que se originan a partir de él. No hay fundamento para el contrato social que no sea la garantía de los derechos naturales del hombre. En las palabras de Luis PRIETO “el contractualismo moderno no pretendía dar cuenta de cómo surgió efectiva o históricamente el Estado, sino determinar, en el fondo, algo mucho más importante, que es cómo debe comportarse”.²⁸ En resumen, de acuerdo con la lógica iusnaturalista racionalista, se hace necesaria una posición “contractualista”, porque “el Derecho y el Estado carecen de soporte histórico o teológico y, por tanto, no podían basar su legitimidad en la tradición o en una autoridad superior; el contrato, es decir, el consentimiento individual era el único camino para justificar la sociedad política”.²⁹

El fin de toda la asociación política (sea ella el Estado o cualquier otra) no puede ser otro que la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles. Por consecuencia, será el Estado el guardián de los derechos.

La contribución de esta nueva concepción iusnaturalista racional es imprescindible para la doctrina moderna de los derechos fundamentales. Como apunta C. MASSINI es posible atribuir a esta concepción racionalista de los

²⁷ En este sentido apunta L. PRIETO, *verbis*: “Una consecuencia interesante del artificio del contrato (social) es que el Derecho natural quedará en cierto sentido subjetivizado. Frente a la ley de la naturaleza medieval, orden objetivo del universo donde cada individuo tiene su posición asignada de derechos y deberes, surgirán los derechos naturales, posiciones subjetivas y abstractas de libertad y propiedad que erigen al individuo y a sus derechos en fuente última de legitimidad: si antes el orden objetivo querido por Dios precedía y era fundamento de cualesquiera pretensiones individuales, ahora éstas aparecen como el origen de las instituciones y, también, precisamente, como las encargadas en conformar el propio orden objetivo; simplificando no ya del Derecho a los derechos, sino a la inversa, de los derechos al Derecho.” (PRIETO, L., *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, op. cit. 40). La misma concepción se encuentra en B. BIX, según el cual “In the period of the Renaissance and beyond, discussions about natural law were tied in with other issues: assertions about natural law were often the basis of or part of the argument for individual rights and limitations on government; and such discussions were also often the groundwork offered for principles of international law. Hugo Grotius and Samuel Pufendorf (writing in the early and late seventeenth century, respectively) were prominent examples of theorists whose writings on natural law had significance in both debates. (Grotius and Pufendorf, along with other prominent seventeenth-century theorists, Francisco Suarez, Thomas Hobbes, and John Locke, were also central in developing the concept of individual rights in modern sense of that term.)” (BIX, B., op. cit. p. 227).

²⁸ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*., cit. p. 38-39.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*., cit. p. 40.

derechos naturales el concepto “de la moderna noción de derechos humanos: de modo coherente con la exaltación de un sujeto dador de sentido y dotado de autonomía «fuerte» o absoluta” y que conciben a esta autonomía como “prerrogativas inherentes al sujeto, previas a su vida social y sin fundamento trascendente alguno. La única justificación racional que puede darse en esta perspectiva a los derechos humanos, radica en la «santidad» (KANT) que corresponde a la persona humana en virtud de su autonomía y de su racionalidad.”³⁰ Estos derechos, necesarios para la existencia digna del hombre, se fundamentan en su propia autonomía ética, actuando como premisa mínima a la propia vida, o sea, son anteriores a la sociedad y, por lo tanto, al Estado. En la síntesis de G. PECES-BARBA, según la concepción iusnaturalista moderna, derechos naturales son “derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente previos al Estado y al Derecho positivo. Son producto de la razón y presentes en la naturaleza humana. Tienen un carácter abstracto, afectan al ser humano genérico y al ciudadano y parten de la superioridad del Derecho natural sobre el positivo. Al deducirse de un sistema jurídico, natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles, con lo que la evolución de la sociedad en la historia no es tenida en cuenta en su configuración.”³¹

1.1.4.1 Características de los derechos naturales

A partir de las consideraciones arriba presentadas sobre el derecho natural y sus nuevas bases secularizadas, resulta posible entender mejor sus características, principalmente en lo que se refiere a la ausencia total de voluntad en su formación, porque es dependiente solamente de un proceso racional de identificación. A través del contrato social se afirma toda la soberanía del pueblo, de forma que todas las

³⁰ MASSINI, Carlos. *La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno*. Madrid: DOXA, n. 21, vol. II, 1998, p. 292. En el mismo sentido la opinión de J. LORCA NAVARRETE cuando afirma que “el término derechos naturales, en tanto que se trata de derechos que encuentran su fundamento en la naturaleza humana, como ha puesto de manifiesto entre nosotros una larga tradición jurídica, que ha visto en la naturaleza humana la piedra angular sobre la que deben estructurarse estos derechos humanos, que por esta razón escapan al poder creador de los respectivos órganos políticos, que se encuentran sujetos en su actuación – posiblemente arbitraria – a su respecto, efectividad y garantía.” (*Temas de teoría y filosofía del derecho: el derecho como orden y sistema general de garantías*. Madrid: Pirámide, p. 400-401).

³¹ PECES-BARBA Martínez, G. *Lecciones de Derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 51.

instituciones pasan a ser concebidas como entidades creadas para la protección de los derechos naturales, actuando estos como justificación de todo el poder político.³² Por consiguiente, la idea predominante es la de que las instituciones solamente adquieren legitimidad si actúan de acuerdo con estos derechos naturales, que les son anteriores y superiores. Trataremos, entonces, de las características de este derecho natural en la concepción iusnaturalista racionalista, las que, conforme entendemos, constituyen herramientas de protección de esos derechos en contra de su apropiación por el poder constituido.

1.1.4.1.a Inalienabilidad

En lo que se refiere a la imposibilidad de apropiación del contenido de los derechos naturales por parte del Estado y posición de superioridad de estos derechos sobre el sistema positivo, es imprescindible la característica de la *inalienabilidad*. Esta consiste en una de las estrategias formuladas por los teóricos racionalistas para evitar la apropiación o control de los derechos naturales por parte del poder político, estando directamente relacionada con la concepción "contractualista" de Estado. En este sentido, se revela un importante instrumento en contra del argumento de su cesión en favor de un sentido colectivo, lo que dejaría estos derechos superiores sujetos a la deliberación de las mismas mayorías que buscan limitar. La inalienabilidad protege el derecho contra la acción de su propio titular, por lo que impide, en una concepción contractualista, que sean modificados por la alteración de una determinada voluntad política.³³ Conforme explica SOLAR

³² Conforme Luis PRIETO, "Y dado que la autoridad tiene su origen en un convenio, cabe decir que «la soberanía reside originalmente en el pueblo». Los derechos naturales son, pues, la causa y la justificación de todo poder político; la causa porque es su igual libertad la que permite a los individuos concluir el pacto social; la justificación porque el fundamento de la legitimidad de ese poder consiste en la mejor protección de los derechos. La conversión de la teoría del Derecho natural en la teoría de los derechos naturales no podía ser políticamente más oportuna, pues vino a transferir el fondo de legitimidad del Derecho natural a las *Declaraciones* de derechos con que se inicia el moderno Estado liberal (...)" (PRIETO, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 41).

³³ En este sentido se manifiesta SOLAR CAYÓN: "Este no es, sin embargo, el sentido que los teóricos de los derechos naturales atribuyeron al rasgo de la inalienabilidad. Este no alude a la posesión incondicional del derecho en cualquier circunstancia sino a cierta imposibilidad particular de dejar de poseerlo. La posesión de un derecho puede cesar en principio por tres causas: porque su titular *renuncia* a ella voluntariamente, porque *pierde* el derecho como consecuencia de alguna actuación ilícita o bien porque *es privado* de él por la voluntad de un tercero. Los defensores de los derechos naturales trataron de bloquear algunas de estas posibles vías de cese en la posesión de tales derechos. Y lo hicieron predicando una serie de características anejas a ellos. Así, para lograr que la posesión de tales derechos no quedara al

CAYÓN, una “vez que se han definido una serie de poderes o derechos individuales que configuran un espacio sujeto al dominio exclusivo y absoluto del individuo, dicha estrategia opera estableciendo barreras o límites al proceso de cesión de tales derechos que desemboca en la constitución de la autoridad política”.³⁴ Esta concepción de superioridad de los derechos naturales frente al poder político impide que sean *esclavizados políticamente* a través de su alienación al Estado por el individuo.³⁵

Tal como define G. PECES-BARBA, la expresión *derechos naturales* supone derechos que sean: a) previos al Poder y al derecho positivo; b) descubiertos por la razón en la naturaleza humana; c) que se imponen a todas las normas de derechos creadas por el soberano, constituyendo un límite a su acción. Por esto, representan una concepción abstracta que prescinde de la historia y de la realidad social para la identificación de los derechos y no tiene un arraigo sólido en la cultura jurídica y política.³⁶

En base a ese concepto es posible observar la coherencia de la tesis iusnaturalista en el sentido de que –si los derechos naturales son anteriores al poder político, debiendo limitarlo en cuanto a la posibilidad de deliberación sobre ciertos asuntos– es coherente que no se sujeten a las deliberaciones de la mayoría. Considerando que la tesis del contrato social podría generar la interpretación de la

albur de la voluntad arbitraria de terceros, incluido el poder político, se predicen imprescriptibles, como hace el propio Locke basándose en el deber de preservar la humanidad que pesa sobre los hombres. De la misma manera, el rasgo de la inalienabilidad es el instrumento diseñado para proteger ciertos derechos frente a la propia voluntad de su titular: un derecho inalienable es un derecho del cual su titular no puede desprenderse de forma voluntaria. Los defensores de la tesis de la inalienabilidad no estaban por tanto «negando que quien quiera que tenga un derecho a su vida o propiedad podría en alguna ocasión particular no tenerlo si la situación cambiara en ciertos aspectos», sino que «solamente estaban negando que una persona no tendría tal derecho si consintiera expresa o tácitamente en ser privado de él». Consecuentemente, esto no implica que la posesión de un derecho considerado inalienable no pueda perderse de forma involuntaria, a consecuencia de alguna actuación ilícita por parte de su titular. El propio Locke advierte la diferencia entre estas dos vías en la única ocasión en que habla expresamente de inalienabilidad en los Tratados: «un padre no puede alienar el poder que tiene sobre su hijo; tal vez puede perderlo hasta cierto punto, pero no puede transferirlo: y si algún otro hombre lo adquiere no será por concesión paterna.» (SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Los derechos naturales en la filosofía política de Locke”. , A.A.V.V., *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII*, G. PECES-BARBA MARTINES y E. FERNANDEZ GARCIA (dir.), Madrid: Dykinson, 1998, p. 619-620).

³⁴ SOLAR CAYÓN, J. I., “Los derechos naturales en la filosofía política de Locke”, cit., p. 622.

³⁵ En una opinión meramente especulativa, podemos decir que la inalienabilidad de los derechos naturales puede ser una de las explicaciones para el hecho de que los iuspositivistas funden su regla de reconocimiento en un ente metafísico – cuando exactamente toda la teoría iuspositivista está construida de modo que niega toda la asertiva no comprobable. En esta línea, se puede decir que aunque uno de los pilares del iuspositivismo es la ligación del derecho con el Estado, en relación al origen de la regla de reconocimiento no lo hace a través de una teoría contractualista. Analizando la característica de la inalienabilidad de los derechos fundamentales en el pensamiento de LOCKE, se podría argumentar que esta pueda ser un poderoso argumento sobre la no ligación de la regla de reconocimiento iuspositivista con la teoría contractualista del Estado, prefiriendo KELSEN proponer (o mejor dicho, presuponer) una explicación metafísica.

³⁶ PECES-BARBA Martínez, G. *Lecciones de Derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 22)

posibilidad de cesión de la libertad en favor de una causa política adoptada por la mayoría, la inalienabilidad de esos derechos esenciales al género humano pretende proteger los derechos de una apropiación indebida por parte de las mayorías.

Al analizar la historia reciente del derecho, es posible observar el acierto de la preocupación del iusnaturalismo racionalista. Para esto es suficiente observar el trato relativo a los derechos fundamentales en las primeras declaraciones europeas que, claramente influenciados por el legicentrismo pos-revolucionario³⁷, hicieron los derechos dependientes de la ley; y compararlo al trato conferido a los derechos en Inglaterra y Estados Unidos –que influyeron decisivamente en el movimiento neoconstitucionalista–, donde siempre se ha reconocido la superioridad de estos derechos.³⁸

Así, con la inalienabilidad, la teoría iusnaturalista pretende, dentro de una teoría de Estado contractualista, proteger la soberanía de los derechos frente a cualquier acuerdo o voluntad, actuando de forma coherente con su proposición de que los derechos naturales no estén sometidos a la voluntad política, sino solamente a la razón.

1.1.4.1.b Universalidad e inmutabilidad

Conforme apunta José DELGADO PINTO, el iusnaturalismo concibe sus conceptos morales como definitivos y con pretensión de validez universal. En

³⁷ Conforme ZAGREBELSKY, al analizar el uso de la *Déclaration*, quizá el instrumento fundador de los derechos humanos, la idea teóricamente muy prometedora terminó por ocupar una posición de mera declaración política, “carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales. Se produjo así lo que puede parecer una paradoja: en el país cuya principal contribución al desarrollo de las concepciones constitucionales viene representada sin duda alguna por los derechos humanos, lo que se afianzó no fue la posición central de los derechos, sino lo que se ha denominado *legicentrismo*. Los derechos naturales de los hombres, de los que partía la *Déclaration*, conducían a la soberanía de la ley, producida con el concurso de los ciudadanos.” (...) “No tuvo lugar, pues, el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario, se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera «constitución» jurídicamente operante no fue la Declaración, sino el Code Civil, no en vano denominado con frecuencia la «constitución de la burguesía» liberal”. (*El derecho dúctil*, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, [trad. Marina Gascón], Madrid:Trotta, 1995. p. 53). En suma, el modelo francés revolucionario ha cambiado el poder absoluto del soberano por el poder absoluto de la ley.

³⁸ “La característica principal de las Declaraciones americanas es la fundamentalización de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que puede establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente.” (*El derecho dúctil*, p. 54)

consecuencia, el derecho natural consiste “en una serie de reglas o principios relativos a la ordenación justa de la vida social que son universales, inmutables y cuyo conocimiento todos tenemos acceso mediante el uso natural de nuestra razón”.³⁹ Por universalidad se entiende la posibilidad de ser aplicado a todos los hombres, ya que estarían relacionados con la propia naturaleza humana, y no sometidos a contextos históricos o políticos. En principio, la característica de la universalidad de los derechos tiene origen en una concepción de ser humano igual en dignidad. Si la naturaleza humana es inmutable, tales valores también lo serían. Por consiguiente, por el hecho de que los seres humanos comparten esa misma naturaleza, los derechos a ella inherentes serían extensibles a todos, independientemente de cualquier criterio espacial o temporal.

Tal como explica G. PECES-BARBA, son varios los sentidos que se puede atribuir a la universalidad. El primero –ya mencionado y relacionado con el plano racional–, hace referencia a la titularidad de los derechos naturales, los que alcanzarían a todos los seres humanos. El segundo sentido se relaciona con el plano temporal, por lo que el derecho natural sería atemporal, o sea, su contenido sería siempre el mismo, no importando el momento en que fuera considerado. Los derechos de ayer son también los mismos derechos de mañana. A este sentido temporal de la universalidad se puede llamar también, inmutabilidad. El último sentido sería relativo al ámbito cultural, donde la concepción iusnaturalista sería válida como derecho natural en cualquier cultura, en cualquier territorio, no importando el contexto social que se presente.⁴⁰

Por lo tanto, derechos naturales tienen pretensión de aplicación universal a todos los seres humanos en cualquier tiempo, cultura, sitio u ordenamiento jurídico. Son derechos anteriores a cualquier tipo de asociación o al Estado y, en consecuencia, no pueden estar condicionados por cualquier poder. Son originarios y referidos a su titular, *el hombre abstracto*, no el hombre socialmente ubicado y considerado en determinado contexto histórico.

³⁹ DELGADO PINTO, J. *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Discurso leído en la Solemne apertura del Curso Académico 1982-1983, Universidad de Salamanca, 1982, p. 10, citado en DORADO PORRAS, Javier., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. cit., p. 55.

⁴⁰ PECES-BARBA Martínez, Gregorio., *Lecciones de Derechos fundamentales*. cit., p. 191-2.

Por eso, quizás en éste punto se ubiquen las mayores críticas recibidas a una concepción de derechos naturales.⁴¹ Una concepción iusnaturalista que defienda el derecho natural y, por consecuencia, el derecho como inmutable y universal es coherente si adopta una postura de total independencia con relación al Estado y a la Sociedad, como efectivamente se hace. No obstante, parece que hoy no se puede defender un concepto de derecho que no tenga en el Estado un agente efectivo de su realización. De la misma forma, las propias necesidades del individuo considerado en el “estado de naturaleza” cambian considerablemente si lo analizamos como individuo socialmente inserto. Esta es la crítica más contundente hecha por el historicismo al derecho natural, centrada en una postura más realista, que considera el grado de desarrollo cultural y social de determinado ambiente en el que está inserto el individuo para identificar los derechos que le son esenciales. De ahí la pertinencia de la afirmación de François OST, en el sentido de que el gran problema que se establece es el de saber “en qué medida esta nueva fundamentación ‘historicista’ puede ser compatible con la fundamentación iusnaturalista originaria sin corromper la misma noción de los derechos del hombre”.⁴²

1.1.5 Críticas a la teoría iusnaturalista

Entre las críticas formuladas a la teoría iusnaturalista, sin duda una de las más destacadas –y que aún mantiene importancia– se refiere a la concepción *dualista* del derecho. Conforme trataremos más adelante en la parte relativa al positivismo jurídico, es característica del iuspositivismo un fuerte apego a los valores

⁴¹ Sobre las críticas sufridas veamos las verdades por el utilitarismo y el relativismo en relación a la titularidad universal, en razón de la propia duda sobre la posibilidad de existencia del hombre fuera de un contexto social (la relativización del ser humano); del historicismo en relación a la imposibilidad de una idea de evolución de los conceptos por su aplicación histórica y, al final, del nacionalismo, por la creencia de la imposibilidad de existir una moral universal, o de la obligación de los pueblos a la misma.

⁴² OST, François. “Actualité des droits de l’homme dans le crise de l’Etat-Providence”, RIEJ (Revue interdisciplinaire d’études juridiques), 13, 1984 p. 9. Con un cuestionamiento similar, mas pareciendo seguir otra línea de pensamiento la observación de E. FERNÁNDEZ, *verbis*: «La variabilidad histórica es bastante cierta en el caso de los derechos cívico-políticos y en los derechos económico-sociales y culturales; pero ¿lo es igual en el caso de los derechos personales, como el derecho a la vida ya la integridad física y moral? En este último caso creo que nos encontramos ante un sustrato permanente, con variabilidad sólo de matices». (FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1984, p. 102).

seguridad y certeza en relación con el derecho (función epistémica). En razón de eso se encuentra su preocupación con la necesidad de definición de criterios de identificación de lo jurídico. Por lo tanto, es normal que gran parte de la crítica positivista se haga para negar la indeterminación del derecho natural, vinculando las fuentes de producción jurídica al Estado, a través de la noción de autoridad. De acuerdo con esa concepción monista, sólo es derecho el derecho positivo.

A partir de esa visión, parece más fácil entender la concepción dualista, la que considera la existencia de dos ordenamientos: el derecho positivo y el derecho natural. El primero se produce de acuerdo con la norma que regula su producción, generalmente el Estado. El segundo es alcanzado a través de la razón y, lo más importante, funciona como criterio de validez del primero. De esa forma, se verifica el reconocimiento de la existencia de un derecho positivo por parte de las teorías iusnaturalistas, una vez que resulta adecuado al derecho natural. El punto de divergencia, por lo tanto, reside en la aceptación del derecho natural por los positivistas, y no lo contrario.⁴³

Sobre esa aceptación, a partir del momento en que la teoría dualista deja de atribuir una fuente al derecho natural⁴⁴, o incluso alguna prueba sobre su contenido que no sea el uso de la razón, deja el derecho sujeto a cualquier contenido y, en consecuencia, da margen a la arbitrariedad. Como la sociedad moderna atribuye al derecho la condición de instrumento de garantía de la libertad –cuya arbitrariedad es el opuesto – la teoría iusnaturalista acaba sufriendo críticas como la formulada por H. WELZEL, según el cual: “Toda apelación a lo «conforme a la naturaleza» y toda la negación de lo «contrario a la naturaleza» va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba... Ya en los comienzos de la teoría iusnaturalista aparece con toda claridad la profunda problemática del Derecho natural: la estructura proteica de la naturaleza humana toma en manos de cada pensador

⁴³ No obstante esa histórica discusión, parece posible encontrar puntos de convergencia entre algunos rasgos de colisión aparente entre teorías monista y dualista, principalmente si considerado el derecho contemporáneo. A partir del pensamiento positivista son estudiados y valorados criterios científicos y coherentes para identificación de lo que es jurídico, o sea, del derecho. Por otro lado, hay una gran influencia de la doctrina dualista en el sentido de jerarquizar normas o de crearlas para que determinen contenidos materiales limitadores del poder político. De esa forma, dada la relativización de criterios, se hace posible identificar en el constitucionalismo contemporáneo la presencia de normas superiores y de contenido material vinculante, tales como los derechos fundamentales. Sin embargo, en la propia definición de poder constituyente como poder originario está garantizada, a algunas materias, la condición de inalterabilidad, así como una limitación al poder político en la disposición de bienes considerados indispensables a los ciudadanos, aunque contra la voluntad de las mayorías o del poder estatal.

⁴⁴ Y esto, como hemos afirmado, desde la secularización, con la cesación del origen divino al derecho.

iusnaturalista la forma que él desea; todo lo que tiene por justo y deseable lo ha introducido ya de antemano, tácitamente, en su concepto de «naturaleza» del hombre antes de extraerlo, de nuevo, para justificar su noción de lo justo «por naturaleza»⁴⁵.

En ese punto, entendemos absolutamente pertinentes las críticas a la teoría dualista⁴⁶, principalmente en razón de dos motivos. El primero consiste en la falta de un fundamento razonable para la existencia del derecho natural y de su deber de obediencia. Esa parte, incluso, es presentada como dogma por la doctrina iusnaturalista. El segundo consiste en la ausencia de certeza sobre los contenidos del derecho natural. Este se justifica solamente en la razón y su contenido resulta “tan evidente que son accesibles a cualquiera por el uso de la razón”. Sin embargo, la ausencia de una certeza sobre cuáles son las normas de derecho natural acaba por dejar derechos importantes a merced de la discrecionalidad de los encargados de su interpretación. Desde una perspectiva de derecho como ciencia, no hay siquiera la definición de la autoridad competente para realizar esa interpretación, ya que el derecho natural está libre también del condicionamiento por cualquier autoridad. Así, el derecho, al prescindir de una "positivación" para escapar de una limitación o reducción, abre la posibilidad de tener cuestionada su propia existencia,

⁴⁵ WELZEL, H., *Derecho natural y justicia material. Introducción a la filosofía del derecho*. (traducción de Felipe González Vicén), Madrid: Aguilar, 1971, p. 254 y 11. En el mismo sentido la célebre crítica de A. ROSS, según el cual: “A semejanza de una cortesana, el Derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural” (Alf ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 254). Sobre la afirmación de ROSS entendemos que la ausencia de positivación de cierta forma enflaquece el derecho en relación a su disposición por su titular. Sin embargo, no significa en absoluto un argumento a favor del positivismo jurídico, como fue utilizada, ya que la misma crítica puede dirigirse al iuspositivismo. Precisamente por esto surge la necesidad de una fusión de lo bueno de las dos teorías, a fin de establecer un concepto de derecho que demande no sólo como identificar las reglas, sino determinar algunos contenidos que estas reglas deben tener. Esto parece un concepto de derecho más completo y más actual, lo cual vemos reflejado en gran parte de los ordenamientos constitucionales.

⁴⁶ Otra de estas críticas está relacionada con la efectividad del derecho y su necesaria ligación con el Estado; o sea, de la necesidad de una conexión entre derecho y Estado, principalmente con la finalidad de garantizar eficacia al primero. Sobre esto escriben G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ y R. ASÍS, citando también la opinión de DELGANDO PINTO “Nos encontramos así con el dato curioso y sorprendente de que a pesar de defender las posturas iusnaturalistas que existen reglas y principios universales e inmutables que regulan la vida social justa y a los que los seres humanos podemos acceder por el uso natural de la razón (también humana), a pesar de insistir en que las normas jurídicas solamente son obligatorias si no están en contradicción con esos principios y normas naturales de justicia, se hace necesario, además, un nuevo rasgo. Éste consiste en afirmar que «tales reglas o principios son insuficientes para el mantenimiento de una sociedad organizada, por lo que es imprescindible la existencia de una autoridad política a la que corresponde una doble función: por una parte, establecer una serie de prescripciones positivas que recojan aquellos principios, los desarrollen en preceptos más detallados y regulen también aquellas cuestiones más técnicas y circunstanciadas cuya solución no puede inferirse de los principios de la justicia natural; por otra, respaldar mediante la fuerza organizada el complemento incluso coactivo, si fuera necesario, de ese conjunto de prescripciones positivas.» (PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., ASÍS, R., *Iusnaturalismo...* cit. p. 302 – referencia a J. DELGANDO PINTO *De nuevo el problema del Derecho natural*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 10).

vulnerando su función de vinculación contra los poderes políticos y su condición de garantía del ciudadano.

La positivación aporta como mínimo una prueba de la existencia de determinado derecho y su pertenencia a determinado ordenamiento jurídico. Este hecho permite que el derecho sea tratado como ciencia, una vez conocido su objeto. Estas dificultades de construir una teoría del derecho a partir de los criterios insertos en el derecho natural, sumada al hecho de muchas constituciones, reconocen derechos fundamentales que garantizan su protección frente al poder político, es decir, derechos superiores que condicionan materialmente el contenido de las normas jurídicas y que posibilitan la superación de una concepción dualista a partir de ciertas condiciones.⁴⁷

Una vez aceptada la superación del dualismo, permanece la pregunta sobre la posibilidad de defensa de una teoría iusnaturalista desde una perspectiva monista, o sea, sin reconocer el derecho natural como criterio de validez del derecho positivo. En primer lugar, es posible una respuesta afirmativa si consideramos la existencia del iusnaturalismo deontológico. Como ya se ha destacado, en una perspectiva actual, la gran contribución iusnaturalista está en el hecho de prever una *higher law*, la cual trae contenidos materiales limitadores del poder político, condicionando la validez del derecho ordinario. En ese punto, parece no haber problema en la identificación de esa *higher law* en los sistemas de derechos fundamentales previstos en las constituciones contemporáneas. Eso, como ya hemos tratado antes, revela la necesidad de confrontar, en algunos aspectos, confrontar iusnaturalismo e iuspositivismo, siendo posible la eliminación de contradicciones aparentes a partir de la contextualización de las ideas de ambas teorías. Mientras la aceptación de la teoría monista resuelve las críticas sufridas por el "dualismo iusnaturalista"⁴⁸ en lo

⁴⁷ Las condiciones que entendemos necesaria a la adecuación de una concepción monista con los derechos fundamentales está contenida en la doctrina del iuspositivista "incorporacionista", puesto que consideramos el iuspositivismo ideológico incompatible con la realidad constitucional contemporánea. Esto, sin embargo, será debidamente analizado en los capítulos siguientes.

⁴⁸ Sobre estas críticas a la teoría dualista esclarecen G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ y R. ASÍS, citando también N. BOBBIO, *verbis*: "En cuanto a las objeciones al calificativo natural, quizá éstas tengan mayor calado filosófico, pues realmente es muy difícil extraer normas de organización social de un concepto tan ambiguo y engañoso como es el de naturaleza humana. Los argumentos esgrimidos por N. BOBBIO son los siguientes: 1) La noción de 'naturaleza' es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales Derechos diametralmente opuestos. 2) Incluso si fuere unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabía derivar un acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto. 3) Incluso si hubiera sido unánime el acuerdo sobre lo que es justo por el hecho de ser natural, de ello no se derivaría la validez de este acuerdo para el momento actual. La historia de las teorías iusnaturalistas muestran de forma palmaria que lo que se ha presentado como natural no pasa de ser artificial o convencional, en todo caso

que se refiere a los criterios de identificación de derechos, la previsión de criterios materiales de contenido abierto en la cumbre de los ordenamientos posibilita la utilización de la razón –no en la revelación, sino en el desarrollo del contenido de los derechos positivados– para determinar “lo que debe contener el derecho”.

En resumen, con la combinación de iuspositivismo e iusnaturalismo se hace más fácil la tarea de responder *¿Qué es el derecho?*, la cual no se limita solamente a considerar *¿cómo se identifica el derecho?*, sino también *¿Qué debe contener el derecho?*. A partir del análisis conjunto de esos dos cuestionamientos, entendemos posible la construcción de una ciencia jurídica más completa, equilibrada y socialmente relevante, ya que es capaz de ofrecer sólidos límites al poder y, al mismo tiempo, presentar criterios satisfactorios de coherencia sistémica.

Lo que resta del dualismo, conforme lo entendemos, es la consideración de los derechos fundamentales como derechos diferenciados, sujetos a reglas diversas del derecho común, incluso frente a otras normas constitucionales. Aunque superada la concepción originaria de dualismo, a partir de la posición de supremacía de la constitución podemos sostener la existencia de un *dualismo hermenéutico*⁴⁹, propio de un sistema de derechos fundamentales, el cual es compatible con la posición neoconstitucionalista.

1.1.6 Conclusiones

Para un análisis de las contribuciones y de la actualidad de la teoría iusnaturalista, se hace necesario liberarse de algunos prejuicios causados por una lectura del iusnaturalismo a partir de una óptica iuspositivista. De la misma forma, es imprescindible hacer una contextualización histórica de sus ideas. Aunque no sea tarea fácil – ya que traemos todo un bagaje cultural que considera los avances aportados por el positivismo jurídico–, es esencial considerar que los iusnaturalistas no tenían como punto de partida una concepción bien desarrollada de Estado y

culturalmente determinado.” (*Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 302-303 y citado en BOBBIO, N., “Algunos argumentos contra el Derecho natural”, en H. Kelsen, N. Bobbio y otros, *Crítica al Derecho natural*, [introducción y traducción de Elías Díaz], Madrid, Taurus, 1996, p. 237.)

⁴⁹ Sobre la característica de “positivación” volveremos a tratarla de forma específica cuando nos ocupemos del iuspositivismo, así como en las conclusiones de este estudio.

Constitución, lo que facilita la comprensión del hecho de que buscaran otros orígenes al derecho. Sin embargo, resulta más fácil comprender en qué medida sus ideas vienen reformuladas por el neoconstitucionalismo o definitivamente descartadas.

El iusnaturalismo, ciertamente, no posee la misma precisión iuspositivista para establecer criterios científicos que expliquen el derecho y tampoco para construir criterios seguros en relación con su identificación. No obstante, esto nunca fue su objetivo principal. Si, por un lado, es verdad que las críticas del *positivismo metodológico* al iusnaturalismo pueden proceder, en lo que se refiere a su concepción, del derecho como ciencia, también es correcta la afirmación de que establecer criterios científicos en el derecho nunca fue el gran objetivo de los filósofos iusnaturalistas. Como observa Brian BIX, los autores iusnaturalistas estaban preocupados con lo que los legisladores, ciudadanos y gobiernos deberían, o podrían hacer, en buena consciencia, en el pleno uso de la razón. No es que no se preocuparan sobre *lo que es el derecho*, sino que partían de una concepción inicial de ética, no de un objetivo conceptual.⁵⁰

En esta línea, es notable la contribución de la perspectiva filosófica del iusnaturalismo a una serie de cuestiones que son retomadas por el neoconstitucionalismo, las cuales estuvieron durante mucho tiempo ajenas a las discusiones jurídicas en razón de un concepto estricto y restrictivo de derecho propuesto por el positivismo jurídico (en sus versiones no contemporáneas), obsesionado por encontrar respuestas a cuestiones formales. Así, la consideración del iusnaturalismo también como teoría política es importante para la comprensión de muchas de las doctrinas que aporta el neoconstitucionalismo del cual nos ocuparemos más adelante, cuando nos ocupemos de su análisis como teoría del derecho.

Por lo tanto, no es nada fácil confrontar iusnaturalismo e iuspositivismo en el campo de la teoría del derecho. Comparado con el positivismo jurídico, en la teoría del derecho, se puede decir que el iusnaturalismo es, en algunos puntos, primario, puesto que deja sin respuesta una serie de cuestiones relativas al origen, formación

⁵⁰ En el original: "...these theorists were concerned with what legislators and citizens and governments ought to do, or could do in good conscience. It is not that these writers (and their followers) never asked questions like "what is law?" However, they were asking the questions as a starting point for an ethical inquiry, and therefore one should not be too quick in comparing their answers with those similar-sounding discussions by recent writers, who see themselves as participating in a conceptual or sociological task". BIX, B., "Natural law theory", cit., 228.

y funcionamiento de los sistemas jurídicos, principalmente en lo que se refiere a una eventual falta de eficacia de su ley natural. Así mismo, a partir de una evolución jurídica que consagra constituciones materiales y derechos fundamentales que ocupan la cumbre de los ordenamientos jurídicos, gran parte de las concepciones iusnaturalistas, tales como la abstracción normativa, la limitación del poder político por los derechos, la actividad de interpretación, etc., son rescatadas por el neoconstitucionalismo, contribuyendo de forma importante al derecho actual.

A partir de la previsión, en las constituciones, de un sistema de derechos fundamentales que, por su estructura normativa y contenidos abiertos, constituyen verdaderas puertas de entrada a contenidos morales y valorativos en los sistemas jurídicos –permitiendo al intérprete construir racionalmente el sentido de esos términos y limitando materialmente la actuación del legislador–, la preocupación iusnaturalista sobre *lo que debe contener el derecho* resurge con gran fuerza, incluso ante una óptica iuspositivista.⁵¹ En ese sentido, entendemos que ese resurgimiento de la teoría iusnaturalista no viene como un modo de oposición al positivismo, sino como un complemento, un desafío a éste como ciencia jurídica. Hay, por lo tanto, un *perfeccionamiento* del derecho intentando superar defectos que se hicieron evidentes en una visión eminentemente formal de la ciencia jurídica. Como apunta PECES-BARBA: “En el clima de la cultura jurídica europea, democrática y pluralista no me parece posible mantener la pretensión iusnaturalista, sin perjuicio de que la teoría de la justicia deba reelaborar, en concordancia con los nuevos tiempos, la problemática del Derecho justo, del derecho que debe ser...El problema central es el choque del dogmatismo que supone necesariamente el iusnaturalismo con el pluralismo del sistema democrático que se impone en la cultura jurídica y política europea actual y que supone un nuevo punto de vista para la legitimación del poder y, consecuentemente, para la justicia del Derecho.”⁵²

Para mejor comprensión de esa nueva perspectiva para el derecho que representa el neoconstitucionalismo, resulta muy importante una teoría consistente sobre los derechos fundamentales incorporados en las constituciones ya no sólo como promesas políticas, sino como efectivos instrumentos jurídicos, limitadores del

⁵¹ Así afirmamos porque, conforme trataremos adelante, una vez que esto sea reconocido y aplicado en la práctica jurídica por los tribunales por influencia de la doctrina neoconstitucionalista, será tarea de los positivistas, que se proponen a explicar el derecho que es, demostrar cómo algunos contenidos de innegable relación moral, se incorporan a los sistemas jurídicos.

⁵² PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E.; ASÍS, R., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 308.

poder político y también legitimadores y justificadores de todo el ordenamiento jurídico.

A partir de una concepción más actualizada del fenómeno jurídico donde, a partir de DWORKIN, se identifica en las normas jurídicas estructuras abiertas denominadas principios, las cuales amplían considerablemente la actuación interpretativa, es posible notar una alteración considerable en las fuentes jurídicas. El derecho deja de ser solamente aquello que está previsto como derecho, sino aquello que es aplicado como derecho. Así, la fuente del derecho no estará reducida a la voluntad del legislador, sino que también está condicionada por el papel relevante del intérprete. Solamente tras la interpretación es posible decir efectivamente lo que es el derecho, por lo que no es tan importante la discusión entre el “ser” y el “deber ser”, sino precisar qué “es”.⁵³

De esa misma forma, considerando que la interpretación de contenidos abiertos contempla una serie de posibilidades semánticas, es fácilmente perceptible la penetración de contenidos morales en el raciocinio y argumentación, práctica siempre desarrollada por la teoría iusnaturalista que –a pesar de las dificultades de aceptación sobre el origen de la ley natural– siempre tuvo en la argumentación racional una forma de proporcionar una solución adecuada a los casos concretos y trabajar con criterios indeterminados previstos en una ley superior como era la ley natural.

Es evidente que no estamos asistiendo al regreso del iusnaturalismo, incluso porque es imposible retomar un pasado ya superado y negar los avances experimentados por la ciencia del derecho. Sin embargo, la actualidad de la contribución iusnaturalista radica en la necesidad de una aceptación de un derecho que no está totalmente determinado, donde las reglas apuntan solamente a una solución *a priori*, y que debe someterse a pruebas de adecuación a normas materiales, que no es raro que puedan prever contenidos indeterminados que hagan mención a criterios de justicia.

En lo que se refiere al modelo neoconstitucionalista y a los derechos fundamentales –que generalmente adoptan esa estructura abierta y diferenciada–, parece aún más relevante el aprovechamiento del desarrollo filosófico que siempre fue la preocupación de la teoría iusnaturalista, así como el trato con una *higher law*

⁵³ BIX, B., “Natural law theory”. cit., 237.

tal como constituía el derecho natural. En ese punto, se hace relevante la identificación del derecho natural con los derechos fundamentales, no solamente por el hecho de que de estos proporcionan contenidos materiales, sino también por el hecho de que se sitúan en la cumbre de los ordenamientos jurídicos.⁵⁴ Comparten, también, la condición de *derechos base*, fundamentados en una moral racional y, por esto, de fuerte apelación filosófica y argumentativa. Se asemejan, además, por el hecho de que se ocupan solamente de asuntos esenciales, no prestándose a la garantía de privilegios o asuntos que no estén relacionados con la condición humana de su titular.⁵⁵ Como ejemplo, se puede encontrar en LOCKE la separación entre la ley natural y la política, entendiendo que solamente serían objeto del derecho natural los derechos principales, de estrecha relación con la moral, mientras que a la política estaría permitido ocuparse del resto.⁵⁶

⁵⁴ Entendemos que el objeto de los derechos naturales y de los derechos fundamentales no coinciden exactamente o, al menos, necesariamente. El objeto de los derechos fundamentales es el hombre en su condición social, y no el hombre en su estado de naturaleza. Esto parece ser evidente en el momento en que no se concibe al hombre en un contexto que no sea el social, algo, incluso, que le es arbitrariamente impuesto. No se concibe, en una concepción moderna de Derecho, que alguien viva aislado de un contexto social. Aunque lo quiera, estará subordinado a un imperio estatal y, por lo tanto, al Derecho. De esta forma, parece que en este punto hay una diferencia esencial. Por otro lado, nos parece que la propia concepción de "valor" presente en los derechos fundamentales no está considerada más en un contexto atemporal, inmutable, sino en los progresos hechos por los conocimientos históricos y de la razón, aprovechándose de los aciertos y de los errores cometidos por las diversas sociedades a lo largo de los tiempos. Esta concepción tiene en cuenta una idea de cultura jurídica, donde se considera cierta "dinamicidad" tanto de la situación del hombre como de la cultura y su percepción de los valores esenciales a la dignidad humana. En razón de tales críticas observa PECES-BARBA que "el término «derechos naturales» tiene importancia en la historia de los derechos pero su uso ha perdido sentido en la actualidad⁵⁴. Por otra parte, en el lenguaje utilizado habitualmente por los operadores jurídicos y por los ciudadanos su incidencia es progresivamente escasa. No parece que sea la expresión adecuada para abarcar hoy el fenómeno de los derechos fundamentales" (PECES-BARBA. G., *Lecciones de Derechos fundamentales*. cit., p. 22).

⁵⁵ Así hay que entender la afirmación de EZCURDIA "Esta no puede provenir más que de la norma jurídica; pero esa normatividad o es la positiva u otra superior, la natural, y parece evidente que «repugna a la conciencia y a la dignidad humana admitir que el hombre ostenta o no los llamados derechos fundamentales, afectantes a los aspectos más íntimos y entrañables de la persona, dependa tan sólo de la vigencia de las normas que quieran otorgarlas », es decir, del derecho positivo." (*Curso de Derecho Natural...*, cit., p. 45).

⁵⁶ En este sentido observa SOLAR CAYÓN que: "Es decir, mientras la tesis de la inalienabilidad apelaba a la irracionalidad de la posible cesión voluntaria de determinados derechos esenciales, garantizando al individuo la inmunidad frente a su propia decisión, Locke alude a la concluyente imposibilidad lógica y material de ceder derechos que no se poseen como criterio delimitador en el proceso de creación contractual del poder político. Por tanto, los individuos asociados sólo pueden ceder a los fines de la constitución de la sociedad política esa zona en la que los derechos naturales se configuran como derechos-libertad, única zona en la que tienen verdadero poder para gobernar sus acciones. Tal es en consecuencia el ámbito material de actuación del poder político: el ámbito de las cosas indiferentes." (SOLAR CAYÓN, "Los derechos naturales en la filosofía política de Locke", cit., p. 623).

1.2 EL POSITIVISMO JURÍDICO

Entre los efectos generados por la transición a un modelo de Estado constitucional material y consideradas las implicaciones que tales alteraciones trajeron a la ciencia jurídica, seguramente las mayores consecuencias repercutieron en críticas y ataques al concepto positivista de derecho. Entre los conflictos traídos por el Estado constitucional encontramos la inserción en el sistema jurídico de contenidos materiales y abiertos, los cuales permiten espacios para que algunas materias penetren en los sistemas jurídicos, generando algunas dudas sobre la relación entre derecho y moral. También la estructura de los enunciados normativos ya no se explica solamente a partir de un modelo puro de reglas. Las consecuencias jurídicas ya no se resumen a aquellas previstas por la norma. Además, empieza a ser cuestionadas la condición de los órganos legislativos como la única fuente de creación de normas jurídicas. Aumenta el protagonismo de los Tribunales Constitucionales, los cuales son responsables de definir y desarrollar criterios materiales a los que deben ser adecuadas las leyes, así como interpretar directamente la constitución para lograr conferir sentido y aplicabilidad a sus normas.

En razón de estos factores, es común encontrar posiciones que sostienen que la seguridad sobre el contenido del derecho, uno de los pilares de la teoría positivista, acaba por ser relativizada. Como consecuencia de todos esos cambios, tenemos el cuestionamiento de la propia teoría positivista, que acaba por sufrir divisiones en la medida en que se pasa a poner en duda muchas de sus tesis principales. Lo que pretendemos en este capítulo –que consideramos fundamental para esta investigación– es tratar de los cambios sufridos por las principales tesis positivistas a lo largo del tiempo. Con esto, será posible verificar la existencia o no de actualizaciones en relación con las tesis llamadas de positivistas. Además, será importante comprobar si las tesis actuales defendidas por la doctrina positivista corresponden efectivamente a aquello que le atribuyen sus principales críticos. De esa forma, es nuestra intención principal verificar si la teoría iuspositivista actual es capaz de ofrecer una explicación satisfactoria a las exigencias del derecho contemporáneo y, principalmente, si constituye una teoría del derecho compatible con el neoconstitucionalismo.

1.2.1 El positivismo clásico

Tal como se ha dicho anteriormente, el derecho natural y el derecho positivo siempre convivieron juntos, manteniendo una histórica lucha en relación con la conceptualización del derecho. A lo largo de la historia, lo que ha determinado la opción por una concepción iusnaturalista o iuspositivista ha sido el grado de ascendencia existente de uno sobre el otro. Hay que destacar que el derecho natural nunca se opuso a la posibilidad de existencia y vigencia de un derecho positivo. En este sentido (?), exigía que el criterio último de validez fuesen los preceptos morales contenidos en el derecho natural. Según BOBBIO, el positivismo jurídico nace “cuando «Derecho natural» y «Derecho positivo» no son ya considerados como Derecho en el mismo sentido, sino que sólo se considera derecho en sentido estricto al positivismo.”⁵⁷ Para el positivismo jurídico el concepto de derecho sólo admite un objeto: el derecho positivado. El derecho natural no está concebido como derecho, sino algo con pretensión de un día venir a ser positivado y, solamente así, hacerse derecho. Según el profesor italiano, la propia denominación “positivismo jurídico” tiene sus orígenes en el término “positivación”, o sea, de considerar como derecho solamente aquello que está positivado a través de las formas previstas por normas de organización y competencia.⁵⁸

1.2.1.1 Orígenes del positivismo

1.2.1.1.a El legicentrismo y la concentración de las fuentes del derecho en el Estado

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. op. cit. p. 44

⁵⁸ BOBBIO identifica la denominación “positivismo jurídico” no porque coincida temporal y en línea de pensamiento con la corriente científica y filosófica denominada positivismo (que tuvo en Augusto COMTE) su mayor exponente), sino porque identifica la denominación con el derecho positivado. Se opone, por lo tanto, a la relación entre positivismo jurídico y filosófico. Tanto que cuando propone el marco inaugural del iuspositivismo establece el momento en que la ley, el derecho positivado, pasa a asumir la precedencia en relación al Derecho natural (*El positivismo jurídico*. cit. p. 35). También es esta la opinión de DORADO PORRAS, para el cual esta posición “parece más certera, al menos del punto de vista histórico, puede llevar a la consideración del positivismo jurídico como aquella denominación bajo la que cabría agrupar todas las teorías que se oponen al iusnaturalismo. Así, mientras que el iusnaturalismo mantiene una tesis dualista en cuanto al concepto de Derecho –al distinguir entre Derecho natural y Derecho positivo– el positivismo se caracterizaría por defender una tesis monista según la cual no hay más Derecho que el Derecho positivo.” (*Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. cit. p. 23)

La transición entre iusnaturalismo y iuspositivismo es una transición cultural. Mucho más que una imposición, consiste en un proceso gradual de construcción de una realidad jurídica donde el derecho pasa a ser de producción del Estado. Esta identificación entre derecho y sus fuentes oficiales –o reducción de las fuentes del derecho al Estado– se debe, en gran medida, al pensamiento de HOBBS (para algunos considerado el primer positivista) y pasa por autores aún considerados iusnaturalistas, conforme se observa en el pensamiento historicista y realista. A partir del siglo XVII, la oficialización de las fuentes del derecho actúa como forma de unificar los sistemas jurídicos, acompañando el intento de unificación de varios Estados en Europa continental. La unificación del derecho serviría también como instrumento de unificación política.

En ese momento, ejerce gran influencia –principalmente a partir de la revolución francesa– la idea de ley como unificadora de las voluntades popular y estatal, lo que contribuyó –al menos en Europa continental– en la casi eliminación del derecho basado en las costumbres o en la ley natural. En el legicentrismo las fuentes del derecho están cada vez más concentradas en el parlamento.⁵⁹

Pero el surgimiento del positivismo jurídico no puede ser reducido simplemente a la sustitución del derecho natural como criterio de validez por un derecho decurrente de la voluntad popular y sintetizado en la ley. Esto, en verdad, definirá lo que se reconoce por *legicentrismo*. Este escenario puede ser entendido como anterior al positivismo jurídico, en el cual se ha producido la sustitución de las anteriores fuentes del derecho natural por fuentes estatales, de contraposición y lucha entre el derecho proveniente del monopolio estatal sobre las fuentes jurídicas del derecho natural hasta el alcance de su momento mayor, la codificación. De acuerdo con BOBBIO, es con la codificación, o sea, cuando el derecho común es totalmente absorbido por el estatutario, cuando efectivamente comienza el verdadero y estricto positivismo jurídico.⁶⁰

⁵⁹ En un plano político, la ley ha sido de gran importancia para la transición desde un derecho basado en las costumbres hacia un derecho de producción estatal, pues, en su concepción original rousseauiana, presentó la posibilidad de una unión de justicia y autoridad, de Estado y sociedad. Como resume Luis Prieto, "... en suma, la voluntad general representa el más formidable instrumento en favor de la justicia de la ley y de su obediencia sin condiciones, cancelando la distancia que separa la autonomía de la moral y la heteronimia del Derecho." (PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 14)

⁶⁰ BOBBIO, *El positivismo jurídico*, cit. p. 50

A partir de ese momento es posible identificar una gran preocupación por parte de los teóricos de hacer del derecho una ciencia autónoma, libre de cualquier elemento externo, incluso la propia voluntad estatal. En la célebre y competente denominación de H. KELSEN, es necesario crear una teoría "pura" del derecho. En ese proyecto, el positivismo jurídico experimenta una fuerte influencia del positivismo filosófico, el que se obstinaba en mostrar la necesidad de establecer padrones científicos y "procedimentalizar" el conocimiento, algo esencial a la construcción de cualquier ciencia.⁶¹

En un primer momento, por lo tanto, es posible decir que hay una preocupación por el establecimiento de fuentes del derecho, las cuales, conforme el influyente pensamiento hobbesiano, se dan a través del Estado. Se elimina así, de forma progresiva, el sistema dualista característico del iusnaturalismo, el que permitía la existencia simultánea de dos órdenes jurídicos. La negación del dualismo, por lo tanto, es uno de los primeros puntos característicos del positivismo jurídico.

Todavía, el proyecto iuspositivista es mucho más completo que esto. Pretende también la consideración del derecho como ciencia autónoma y, con eso, la eliminación del concepto de derecho de cualquier dependencia de elemento indeterminado, moral o relativo que caracterizaban las proposiciones del derecho natural. Este proceso constituye un proyecto mucho mayor que la reducción de las fuentes del derecho. A partir de la concepción positivista el derecho elimina no sólo su dependencia de la moral, sino que también le da un proyecto mucho mayor que la reducción de las fuentes del derecho. Consiste en la construcción de la ciencia jurídica como ciencia autónoma.

⁶¹ Así, aunque algunos autores suelen distinguir claramente el positivismo jurídico del positivismo filosófico de Comte, no se puede negar que además de la denominación, hay puntos importantes de conexión entre estos ramos del pensamiento. Un elemento mínimo que comparten es la negación a los criterios metafísicos, valorativos, sentimentales o especulativos en la rama científica. Ambos se caracterizan por un fuerte carácter pragmático para los cuales, como afirma MIRETE, lo importante "no es preguntarnos el por qué de las cosas, sino cómo son las cosas, como se desarrollan, no suscitamos problemas abstractos" (MIRETE, José Luis. *Racionalismo, idealismo y positivismo*. DM Editor, Murcia, 1995, p. 115). Es en este sentido en el que el positivismo jurídico propone una ciencia jurídica de carácter científico, la cual puede ser descubierta a través de elementos reales y que trae una nueva actitud frente al derecho, separando la ciencia jurídica del ámbito filosófico y del ámbito político. En el primero, trabaja con el derecho que tiene puesto, cierto, seguro, positivado, y no especula sobre su corrección, sus finalidades. Esto en ningún momento significa que clásico tenga una actitud de negación u oposición a la moral, pero simplemente entiende que esta no debe ser una preocupación de la ciencia jurídica, sino de la filosofía del derecho.

1.2.1.1.b Contexto histórico y político de surgimiento del positivismo jurídico

En su búsqueda por la seguridad, la sociedad liberal-burguesa buscaba en el derecho una forma de protección no solamente en contra de la incertidumbre del derecho natural, sino también en contra del propio Estado. A través de la exacta determinación del ámbito jurídico y en la certeza sobre lo que contiene o no el derecho, la sociedad liberal procura imprimir el valor de seguridad jurídica para todas las relaciones regladas por el derecho.

En razón de la gran diversidad de valores que podrían estar presentes en la sociedad, el liberalismo-positivista creía que esto podría llevar a una indeterminabilidad del propio derecho y, en consecuencia, a una mayor incertidumbre en cuanto a su contenido en el caso de que se aplicase la lógica iusnaturalista del derecho como valor.⁶² Era, en este contexto, interés del positivismo no sólo crear formas de limitación del poder estatal a través del derecho, sino también desarrollar una teoría capaz de determinar el ámbito jurídico. Así, por un lado, se encuentra la preocupación de garantizar la libertad, lo que implica proteger el derecho en contra el poder institucionalizado. De otro, la necesidad de buscar la determinación de su contenido y los criterios de definición de lo jurídico, así como su fuerza de coerción, lo que conlleva a identificar el derecho con el Estado. Como afirma BARZOTTO, para realizar el valor seguridad en sus dimensiones de certeza y previsibilidad, los positivistas asumieron la tarea de construir un concepto de derecho que fuera inmune a la incertidumbre del pluralismo axiológico y de la imprevisibilidad del arbitrio estatal.⁶³

Delante de esos desafíos, la teoría positivista busca un cierto aislamiento del derecho, tratándolo como sistema autónomo, no relacionado a la política o a la moral. Construye la base de su teoría en la noción de norma. El derecho se presenta, entonces, como un sistema normativo, concentrándose la teoría positivista

⁶² Si de un lado el derecho necesitaba del Estado de modo a conferirle fuerza y, en consecuencia, autoridad, de otro no podía estar sujeto a la voluntad del soberano. Aunque en un primer momento, con Rousseau, la ley haya ejercido este papel de puente entre la sociedad y Estado, la teoría del derecho se mantenía todavía conectada al mito de que el legislador era capaz de producir siempre el mejor derecho; lo que de cierta forma mantenía el derecho condicionada a valores axiológicos. Aunque presupuesta, imperaba la creencia en la "justicia de la ley". Si lo que procuraba el positivismo era construir una ciencia jurídica autónoma; no dependiente siquiera de la justicia del legislador, la teoría necesitaba todavía ser desarrollada.

⁶³ BARZOTTO, L. F.. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 138.

en explicar los criterios de pertenencia o no al sistema, lo que culminará en las nociones de jurídico y no jurídico. Según BARZOTTO, no pudiendo fundamentar el derecho sobre concepciones valorativas ni sobre el poder sin violar el valor seguridad, el positivismo fue llevado a proponer un fundamento jurídico para el propio derecho. Esto significa que estaba obligado a construir un concepto autónomo de derecho, autónomo en relación con el plano fáctico (eficacia) y valorativo (justicia).⁶⁴ Los criterios de pertenencia de un sistema serán, así, plenamente jurídicos, ajustados por la validez.

Lo que interesa a partir de ahora es la realidad social, donde lo cognoscible para el teórico del derecho es lo empírico. El concepto de derecho ya no se distingue de la norma jurídica, su “forma necesaria”. Como apunta Nuria BELLOSO MARTÍN, para esta concepción clásica “no hay Derecho fuera de la norma”.⁶⁵ Así, en el campo de actuación del derecho es el normativo. Planteamientos axiológicos, de justicia, o morales, los cuales se refieren a problemas metafísicos, ya “no constituyen Ciencia, y en consecuencia, no tienen nada que ver con el Derecho”.⁶⁶

1.2.1.1.c Separación del derecho en relación con la política

El concepto de derecho pasa a ser, a partir de la concepción positivista, solamente el derecho que está positivado, o mejor, las normas cuya producción sigue la forma determinada en reglas superiores, obedeciendo a las fuentes previstas por la “norma suprema” o “norma fundante”. Este concepto buscará eliminar la dependencia del derecho en relación con la política, su principal fuente. Ambos pasarán a trabajar como ciencias totalmente independientes: será función del poder legislativo, con su legitimación y autoridad, descubrir los valores vigentes en una determinada comunidad, en un cierto momento histórico y a partir de ahí, elaborar las normas que se integrarán al mundo jurídico.⁶⁷ El derecho no será

⁶⁴ BARZOTTO, cit. p. 139.

⁶⁵ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”. *El positivismo jurídico a examen : estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006, p. 785.

⁶⁶ MIRETE. *Racionalismo, idealismo.....*, cit. p. 117

⁶⁷ En este sentido el análisis de MIRETE: “Austin y la Escuela analítica en general, parten de una concepción estrictamente positivista del Derecho; lo que caracteriza al Derecho es su generalidad, hay que contemplarlo de modo abstracto, y en este sentido el Derecho es ley, se reduce únicamente a la ley. Reconoce, sin embargo, que existen otra serie de reglas

dependiente de la ley, porque la autoridad legislativa que la produce solamente puede obtener esa autoridad de otra norma jurídica. Es el derecho, por lo tanto, el que propicia la autoridad legislativa; de esa forma, no dependerá el derecho de la política, pues le es anterior. En razón de ese raciocinio, sostendrá el positivismo su separación de la política, y que al científico jurídico no compite ocuparse del contenido de la ley, sino del modo de su aplicación.⁶⁸

1.2.1.2 Principales afirmaciones del positivismo clásico

Considerando la sustancial evolución ocurrida en las diversas tesis positivistas a lo largo del tiempo, resulta posible hacer una división entre teorías más clásicas –en general, asociadas al positivismo ideológico y con alguna influencia del *legicentrismo* (lo que se justifica como forma de confrontación con el modelo *iusnaturalista*)– y teorías positivistas más modernas, las cuales demuestran una preocupación mayor por el derecho como ciencia, principalmente en el trato con asuntos más complejos y controvertidos, como el concepto de eficacia, relación entre derecho y moral y nuevas fuentes de producción de las normas.

que en ocasiones nos obligan como, por ejemplo, las costumbres, pero la ley, a diferencia de las costumbres, se distingue de ellas por el fundamento de validez y eso hace que la ley constituya únicamente el Derecho. El fundamento de la validez de la ley es su procedencia: procede de un superior jerárquico que sólo puede ser un superior político. Los usos y las costumbres no proceden de ningún superior político, y de aquí la diferenciación entre ley y costumbre para Austin, y es por ello que el único Derecho válido es la ley.” (*Realismo, idealismo...* cit., p. 122-123)

⁶⁸ En lo que se refiere a la separación con la política, la afirmación puede parecer rara ya que la fuente principal del derecho se resumía en la ley, cuya producción dependía del proceso político. Además, es verdad que el positivismo se destaca por la concepción de las normas como acto de producción humana, desvinculadas de una moral perenne que caracterizaba el derecho natural. Conforme explica BARZOTTO, la separación entre el derecho y la política se da a través del artificio de separación entre el poder fáctico del poder jurídico. Solamente el segundo, el cual es producido por normas jurídicas válidas, es capaz de producir normas. Así, las normas no dependen del poder, sino de otras normas que legitiman la idea de autoridad: “el derecho no es contaminado por la política en la medida que no es producido por el mero poder, más por el poder constituido por el propio derecho” (*O positivismo jurídico contemporáneo*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 16.) Complementa el autor explicando que “Cuando la categoría de validez es utilizada para los ordenamientos estatales modernos, decir que una norma es válida es afirmar que ella fue producida en conformidad con una norma del sistema. La validez, tomada como existencia jurídica de la norma, no es reductible a la eficacia (plano de los hechos) y a la justicia (plano de los valores). La validez de una norma depende solamente de la conformidad con la norma que regula su producción. Remontando de norma a norma, llegamos a una norma suprema (norma fundamental en Kelsen, norma básica en Ross, regla de reconocimiento en Hart), que da inicio a todas las series normativas que componen el sistema. Siendo ella misma jurídica, se concluye que el fundamento del derecho es propiamente jurídico, independiente de las dimensiones valorativa y factual de la vida social. El concepto de derecho que emerge de esa construcción es completamente autónomo de la moral y de la política.” (op. cit. p. 29) (traducción libre hecha por el autor del original en portugués).

Sobre el positivismo clásico, conviene destacar su fuerte carácter ideológico, en el sentido de determinar cómo *deberían* portarse los ordenamientos jurídicos, lo cual puede ser explicado, en cierta forma, por la necesidad de consolidación de una verdadera ideología sobre el papel del derecho, principalmente en lo que se refiere a su contenido, que no debería ser preocupación del jurista. Sobre el positivismo clásico, BOBBIO establece siete características fundamentales para esta teoría, aunque advirtiendo que no es necesario que todas ellas estén presentes en una determinada concepción para que pueda ser considerada positivista:⁶⁹

1) El derecho debe ser estudiado como un *hecho, no como un valor*. El jurista se debe abstener de formular cualquier juicio valorativo sobre la realidad que encuentra, tanto en los hechos sociales como sobre el contenido traído por las normas. “Derecho es Derecho prescindiendo de que sea bueno o malo, de que sea un valor o un desvalor”. 2) El concepto de derecho debe estar vinculado a la posibilidad de hacerse cumplir a través de la coacción y no por su cumplimiento voluntario. 3) La principal fuente del derecho es la legislación. La ley tiene preferencia sobre cualquier otra fuente del derecho. La costumbre como fuente de derecho está admitida *secundum legem o praeter legem*. 4) La norma jurídica como mandato, lo que denomina BOBBIO, *teoría imperativista del Derecho*. 5) La teoría del ordenamiento jurídico, donde cada norma debe ser tratada como integrante de un ordenamiento que le condiciona validez y compatibilidad.⁷⁰ 6) El positivismo sostiene como sistema de interpretación la interpretación mecanicista, que hace de la actividad jurídica mero hecho de declaración del derecho, ya que la regla jurídica ya contiene la solución al caso presentado, que se adapta al supuesto fáctico. 7) La teoría de la obediencia, según la cual la ley debe ser obedecida sea cual sea su contenido, ya que su obediencia consiste en un bien en sí mismo. A esto considera BOBBIO una forma de ideología positivista (positivismo ético) que no podría ser confundida como teoría iuspositivista sobre el derecho.⁷¹

Reconoce el propio BOBBIO que muy difícilmente se encontraría una teoría positiva que reuniera esas siete características, lo que demuestra la dificultad de englobar todas las variaciones positivistas en un sólo concepto. También en ese

⁶⁹ Como ya hemos mencionado, en las características del positivismo clásico apuntadas por BOBBIO posible observar un fuerte carácter ideológico en el sentido de que presenta directivas sobre como debería comportarse el sistema jurídico. Esto parece evidente cuando BOBBIO utiliza a menudo la palabra *debe*. Demuestra, así, la necesidad existente a la época de firmar conceptos, demostrando un carácter ideológico propio de una doctrina que tiene por objetivo cambiar un modelo existente. Esto, como nos ocuparemos adelante, ocurre de la misma forma con el neoconstitucionalismo, el cual presenta fuerte carácter ideológico en el sentido de exigir un comportamiento diverso de los jueces, de la función de las normas constitucionales en el proceso de validez, etc. Este carácter ideológico, sin embargo, se va perdiendo poco a poco en el positivismo jurídico, tal como veremos a lo largo de esta investigación, siendo, por sí sólo, un punto muy importante que debe ser destacado para comprender mejor el positivismo jurídico actual y mucha de las imputaciones que se el hacen..

⁷⁰ Sobre esto defiende la teoría iuspositivista la *coherencia* que excluye la posibilidad de que en un mismo ordenamiento coexistan normas contradictorias y la *plenitud* según la cual el Derecho puede decidir sobre cualquier caso con base en el ordenamiento (ausencia de lagunas).

⁷¹ BOBBIO. *El positivismo jurídico*. cit. p. 141-143

sentido se posiciona DORADO PORRAS, que atribuye la diversidad de concepciones sobre el positivismo a la falta de una teoría filosófica que fundamente el pensamiento iuspositivista. Tal hecho perjudicaría su afirmación como proyecto jurídico o con las funciones que tiene el derecho en la sociedad. Sin embargo, esa diversidad, para DORADO PORRAS, estaría motivada por la variedad de fuentes de origen del movimiento positivista –tales como la *escuela histórica* en Alemania, la *exegética* en Francia o el *utilitarismo* en Inglaterra– o incluso la propia indeterminación del término “positivismo”, asociado tanto al positivismo filosófico como al de ley positiva.⁷²

A pesar de esa diversidad de variaciones a la teoría positivista, parece importante identificar al menos las principales características relacionadas con el llamado *positivismo clásico*, a pesar de que difícilmente será posible encontrar alguien que defienda integralmente sus postulados. Esto parece esencial no solamente para explicar los orígenes del positivismo, sino para mostrar la evolución de sus premisas hasta concepciones más actuales sobre el concepto de derecho, principalmente en un abordaje más descriptivo y menos constructivista, lo cual intentaremos hacer más adelante. En esta línea, es posible apuntar como rasgo distintivo del positivismo clásico la presencia de un fuerte carácter ideológico, pues es característica de esa concepción determinar cómo *debe* funcionar el sistema jurídico, y no cómo funciona. Esta postura puede ser explicada, tal vez, por la necesidad de recrear una cultura jurídica disociada del iusnaturalismo.

Aunque esa postura no descriptiva haya evolucionado a concepciones más científicas y descriptivas de positivismo –que pasan a tratar de temas más complejos, tales como la eficacia del derecho, las fuentes jurídicas diversas de la ley o la decadencia de esta, los modelos más complejos de norma, etc.–, es importante el análisis del positivismo clásico porque sus tesis son constantemente rescatadas por los críticos del positivismo, que muchas veces insisten en identificar el positivismo con este positivismo de fuerte cuño ideológico. A partir de los cambios sufridos por el derecho a partir del *neoconstitucionalismo*, son cada vez más frecuentes los ataques al positivismo como ciencia capaz de conferir una explicación coherente al derecho. Para proceder al análisis de esta compatibilidad, procuraremos seguir la línea de evolución de las teorías positivistas, que

⁷² DORADO PORRAS. J.J. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico.*, cit., p. 21-22.

progresivamente van sustituyendo su fuerte carácter ideológico por una postura cada vez más descriptiva en el estudio de los sistemas jurídicos.

1.2.2 Positivismos moderno

Con los estudios sobre el derecho por parte de autores como Hans KELSEN, Alf ROSS o H.L.A. HART, a partir de la mitad del siglo XX, el positivismo jurídico vive un gran avance como ciencia. Su doctrina asume un carácter más científico en relación con el estudio del derecho, de modo que propicia importantes debates sobre el derecho existente –*derecho que es*– y el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Se destacan en esas discusiones temas como el contenido del derecho, su relación con la moral, su origen social o la eficacia o falta de esa al derecho. Finalmente, como afirma DORADO PORRAS, lo que parece caracterizar al positivismo jurídico en este momento “no es tanto un concepto concreto y acabado de Derecho como un método de aproximarse a su estudio”.⁷³

Es a partir de esa perspectiva –más descriptiva que ideológica– que aún es posible un análisis sobre la compatibilidad entre positivismo y neoconstitucionalismo, comprobando la capacidad de explicación positivista sobre el funcionamiento de los sistemas jurídicos a partir de la incorporación de criterios materiales y nuevas estructuras normativas, tal y como se ha comprobado en el derecho actual. Conforme afirma Nelson REYES, no obstante los varios cambios sufridos por el derecho, el positivismo no deja de presentarse como “aquella teoría que, desde la perspectiva de un conocimiento científico del derecho, afirma que es legítimo y necesario definir el concepto de derecho tomando en cuenta sólo sus caracteres descriptibles y con entera independencia de cualquier elemento valorativo”.⁷⁴ A partir de esa perspectiva, es posible encontrar sus principales tesis actuales: la identificación del término derecho con el derecho positivo, la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debería ser*, la separación necesaria entre derecho y moral y la diferenciación entre validez jurídica y valor del derecho.

⁷³ DORADO PORRAS. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p.49.

⁷⁴ DORADO PORRAS. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 37.

Así, aunque de forma resumida y sin la pretensión de abarcar toda la materia, presentaremos algunos de los principales puntos defendidos por algunos autores positivistas más modernos, principalmente H. KELSEN y H. HART, los cuales, además de presentar una idea casi completa de las principales posiciones positivistas, representan la evolución experimentada por el positivismo jurídico como teoría del derecho, adoptando una postura descriptiva, sin dejarse influenciar por los posicionamientos más ideológicos del positivismo clásico. A partir de sus obras se constituye la base necesaria a la evolución del positivismo hasta las teorías contemporáneas, que son las que nos interesarán más específicamente para una confrontación con el neoconstitucionalismo.

1.2.2.1 El positivismo jurídico de Hans Kelsen

Quizá ningún autor sea tan identificado con el positivismo jurídico como Hans KELSEN. El profesor austriaco es responsable de haber llevado al extremo la propuesta positivista de presentar un concepto autónomo de derecho.

La idea de autonomía del derecho en KELSEN parte de una concepción normativa de derecho, donde toda norma encuentra su criterio de pertenencia a determinado sistema jurídico en otra norma que le sea jerárquicamente superior o posterior. La única norma que no encuentra criterio de validez en otra será la norma fundamental (*grundnorm*). Por faltarle esa norma anterior, la norma fundamental tendrá que ser presupuesta. Conforme observa Nuria BELLOSO, esta negativa tiene por finalidad mantener la pureza del sistema, no permitiendo ninguna contaminación, aunque fuera política. Sin embargo, esto “condujo a una contradicción flagrante, puesto que ese positivismo le llevó a vincular el Derecho no a un hecho positivo, sino a una hipótesis”.⁷⁵

La preocupación se justifica en el sentido de que el concepto de derecho no puede ser dependiente de la moral ni, tampoco, de la política. De ahí la posición de KELSEN de separar el poder jurídico del mero poder fáctico. El poder jurídico, que detenta la posibilidad de producir normas jurídicas, solamente adquiere su autoridad

⁷⁵ BELLOSO, Nuria. Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo, cit. p. 793.

porque resulta autorizado por una norma jurídica que lo precede y regula.⁷⁶ Así, “el derecho no es contaminado por la política en la medida que no es producido por un mero poder, sino que por un poder constituido por el propio derecho”.⁷⁷ De la misma forma, la definición de derecho no se reduce a la noción de *norma*, sino a la de *sistema de normas*. La simple existencia de una norma no significa que sea jurídica, pues esta norma puede no satisfacer a los criterios de pertenencia establecidos por el sistema. El criterio de pertenencia –la *validez*– es quién va a definir la juricidad de una norma. Pero este criterio de validez se establece de forma dinámica –y no estática– de forma que las normas están sujetas a una relación de autorización. Una norma pertenecerá al ordenamiento porque resulta producida de acuerdo con la autorización de una otra norma superior.

El concepto de derecho para KELSEN es, por lo tanto, construido basado en relaciones de validez y a partir de la norma fundamental. La primera representa la relación de validez entre normas de jerarquía diversa y la segunda una norma presupuesta con la finalidad de mantener la teoría “pura”, o sea, libre de cualquier intromisión de elementos externos. No obstante el brillantismo de su teoría, el problema presentado por la concepción kelseniana está en el modo como esa teoría pura se relaciona con la presión ejercida por contenidos valorativos y sobre la aplicación práctica del derecho.

Sobre estos puntos, dos consideraciones se presentan como más relevantes para la concepción kelseniana de derecho. La primera se refiere a la dificultad encontrada en la explicación de la relación entre los conceptos de *validez* y *eficacia*. Observemos que la validez está conceptuada de forma dinámica (relacionada simplemente con criterios formales de producción), por lo que será el modo de producción de la norma que determinará su juricidad. Sin embargo, en el intento de explicar la aplicación judicial de una norma no jurídica –que no satisface criterios de validez– KELSEN parece reducir su concepto fundamental de validez a un concepto meramente *a priori*, dependiente de la eficacia. De la misma forma parece insuficiente la explicación de KELSEN para el caso de la norma válida que no es

⁷⁶ “As normas do direito positivo são ‘válidas’, isto é, elas devem ser obedecidas, não porque elas são, como as leis do direito natural, derivadas da natureza, Deus ou a razão, de um princípio do absolutamente bom, certo ou justo, de um valor absolutamente supremo ou norma fundamental que se revista da pretensão de uma validade absoluta, mas meramente porque ela foi criada de uma maneira por uma certa pessoa.” (Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 384)

⁷⁷ Barzotto. op. cit. p. 22

aplicada – es decir, a la cual no se atribuye eficacia. Del mismo modo, cuando trata de la norma fundamental, presupuesta como “*debemos obedecer a la constitución*”, KELSEN, en el mismo momento en el cual confiere validez a la constitución, cae en la contradicción de presuponer su aplicación a una constitución ya existente y eficaz.⁷⁸

El segundo problema de la concepción kelseniana de derecho –directamente relacionado con el primero– consiste en el hecho de legitimar el sistema solamente desde arriba hacia abajo. Esto genera, tal como hemos visto en el punto anterior, que sea necesaria la existencia de un ordenamiento entero para que sea creada la norma fundamental que rige este sistema. La fuente de fundamento, que determina toda la validez del sistema, en ese caso, será creada en momento posterior al sistema. Como observa BARZOTTO, solamente por una constitución se puede presuponer la norma fundamental. Eso significa que la existencia y la validez de todas las normas del ordenamiento son, por lo tanto, anteriores a la norma fundamental, no sólo desde el punto de vista cronológico, sino también desde el punto de vista lógico.⁷⁹ Este fundamento metafísico de inspiración neokantiana presente en la norma fundamental de KELSEN lo aleja de modo considerable de las concepciones anglosajonas, las que conciben la producción del derecho como un proceso que va desde una base social hasta la construcción de las instituciones, o sea, desde abajo hacia arriba. De la misma forma, la idea de KELSEN de crear una teoría libre de cualquier influencia moral, histórica, política, económica o sociológica es, en gran medida, contradictoria con los modelos anglosajones, lo que, en cierta forma, la aleja de una confrontación más directa con autores antipositivistas del sistema del *common law*, como DWORKIN.

⁷⁸ Esta no observancia de los criterios formales es lo que determina la propia norma fundamental por parte de los órganos productores del derecho. Kelsen utiliza el recurso a la revolución, de forma que a través de la revolución habría una alteración de la norma fundamental. Sobre esto, explica BARZOTTO que, “Por mais que isso possa discrepar da intenção de Kelsen, é evidente a natureza ético-política da pressuposição da norma fundamental. Isso se evidencia no caso em que um órgão produtor de normas, e não um jurista, a pressupõe. O órgão pressupõe a norma fundamental quando considera a constituição obrigatória e se dispõe a agir em conformidade com ela, porque isso, afinal, é o que dispõe a norma fundamental: “devemos obedecer ao constituinte”. Por parte do órgão, não pressupor a norma fundamental significa não considerar válida a constituição, isto é, não considerá-la obrigatória. Ora, esta é a postura política, que levada à prática, configura o que Kelsen chama de “revolução”, que, como exposto acima, é definida como alteração constitucional que não é feita em conformidade com as normas do ordenamento.” (BARZOTTO, cit. p. 69)

⁷⁹ “Tem-se, então, a seguinte circularidade: «A validade objetiva da ordem jurídica, diz Kelsen, está apoiada pela hipótese [...] de uma norma suprema, a *Grundnorm*, mas esta norma não é outra coisa senão a hipótese [...] da validade objetiva da ordem jurídica! A definição em círculos salta aos olhos».” (Barzotto, op. cit. 70-71, citación de Constantin Stamatís, “La systematicité du droit chez Kelsen et les apories de la norma fondamentale” in *Archives de Philosophie du droit*, 1986, p. 49.)

Así, aparte las dificultades que presenta la teoría pura del derecho de KELSEN, relativamente a la relación entre validez y eficacia, su teoría no constituirá la base de confronto con los argumentos antipositivistas, exactamente porque parte de premisas diversas de las teorías positivistas incorporacionistas de las que trataremos enseguida.

1.2.2.2 El positivismo jurídico de Herbert HART

A través de las teorías de H.L.A. Hart, el positivismo jurídico adquiere una nueva perspectiva. El profesor de la Universidad de Oxford, buscando explicar el problema de la eficacia en la concepción iuspositivista, trabajó a partir de una aproximación del positivismo jurídico con la jurisprudencia analítica anglosajona. A partir de HART, la norma básica –la *regla de reconocimiento*– ya no tiene una naturaleza metafísica, sino una naturaleza fáctica, pues depende del reconocimiento y adhesión prestadas por todos aquellos que participan del sistema jurídico.⁸⁰ El derecho es visto por HART como un hecho social, el cual puede ser descrito sin la necesidad de consideraciones de naturaleza metafísica o valorativa.⁸¹

Para la elaboración de su teoría, HART parte de un contraste con la teoría de AUSTIN que sostenía el derecho como coacción. A partir de las críticas hechas a los argumentos de AUSTIN, HART formula una teoría del derecho donde se destacan las diferencias entre las normas que componen un sistema jurídico. Las primeras, llamadas primarias, estarían dirigidas a los ciudadanos. El otro tipo de norma, llamadas secundarias, estarían dirigidas a los oficiales, instituciones, o sea, a los que solía llamar *operadores del sistema*, agentes con competencia para identificar las normas, modificarlas y aplicarlas. Las normas primarias tienen por función conferir obligaciones y derechos, pues imponen conductas o determinan la prohibición de practicar determinadas acciones. Estas normas no solamente no son

⁸⁰ Según Nuria BELLOSO, “Hay que hacer notar aquí una cierta afinidad con las teorías contractualistas, al fundar la validez del Derecho sobre el reconocimiento por parte de sus destinatarios.” (“Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”, cit., p. 795).

⁸¹ No obstante la concepción kelseniana sobre el derecho presente algunas similitudes con la teoría de Hart, ellas es posible afirmar que poseen bases de fundación opuestas: mientras la teoría de Kelsen posee una derivación en la teoría kantiana, buscando un argumento de fundación transcendental al derecho, Hart propone su teoría en base a hechos sociales, análisis hermenéutico y una filosofía del lenguaje.

completas, sino que también presentan defectos, los cuales pueden ser corregidos por las normas secundarias, que especifican formas por las cuales las reglas primarias pueden ser analizadas, introducidas o eliminadas de los sistemas jurídicos.⁸²

A partir de la distinción entre estos dos tipos de reglas que presentan funciones diversas en el sistema jurídico, HART introduce uno de los grandes avances en el análisis del derecho contemporáneo: la comprensión de que el proceso de interpretación es fundamental en la definición del derecho. Comparada con la teoría de KELSEN, HART no propone un reduccionismo del concepto del derecho al de norma, pero concibe un proceso de formación de la norma como un proceso donde es fundamental la actividad de los *operadores del sistema*, o sea, la norma es completada por el proceso de interpretación. Consigue en su teoría, diferente de lo que hizo KELSEN, combinar la teoría del hecho social, análisis hermenéutico y teoría del lenguaje, lo que permite que hasta hoy su teoría siga actual y abarcadora, ya que se aplica tanto a los ordenamientos jurídicos que siguen el *common law* como a los que adoptan el *civil law*.⁸³

La concepción de HART parte del derecho como *hecho social*. De acuerdo con KELSEN, la validez de la norma se reduce a una relación sintáctica, donde es determinante la relación de subordinación entre normas, siendo que una norma será considerada válida si consigue pertenecer a un sistema de normas: si la norma existe, es válida. El punto definidor de la validez no es, por lo tanto, la aplicación, sino el hecho de pertenecer al sistema. Para HART, la validez de una norma primaria es determinada por las reglas secundarias y, en último caso, por la regla de

⁸² Las reglas secundarias de reconocimiento establecen los criterios por los cuáles una regla primaria puede ser identificada. Las reglas de alteración establecen los órganos o personas capaces de modificar, crear o eliminar una regla del ordenamiento. Por su turno, las reglas de enjuiciamiento confieren poderes para decidir el caso concreto.

⁸³ La importancia de la teoría de Hart para el positivismo jurídico como teoría es sin precedentes. Por un lado, él ha despertado el interés por el positivismo jurídico en los sistemas anglosajones, que siempre han visto el positivismo como una teoría asociada al formalismo legal, o como una teoría sin ninguna consideración con la justicia, en general asociada al régimen nazi o otros regímenes (Bix, Dictionary, p. 84). Por el lado europeo continental Hart consigue inserir en el formalismo legal ideas de la jurisprudencia como verdadera fuente de derecho y principalmente sobre el desarrollo del sentido lingüístico del derecho (aquí fuertemente influenciado por Wittgenstein). A partir de su teoría fue posible a la teoría positivista tomar un otro rumbo, que no el del formalismo legal, y desarrollarse en el sentido de describir un derecho que también cambiaba así como responder críticas de antipositivistas como Dworkin. Como destaca BIX, Hart "also fought the equation of positivism with conservatism and with acquiescence to evil both by emphasizing the law reform credentials of such early legal positivists as Jeremy Bentham and by arguing (not entirely persuasively) that positivism might be better able than natural law theory to allow judges and citizens to resist wicked legal regimes." (BIX, Brian, p. 84, Dictionary)

reconocimiento.⁸⁴ Esta regla de reconocimiento se crea a partir de la aplicación práctica de las reglas secundarias, lo que hace de su existencia una cuestión de hecho. Ella estará determinada y será construida a partir de su reconocimiento por todos los que reconocen un sistema como jurídico y, principalmente, por los operadores del sistema, o sea, por la práctica jurídica. Es, por lo tanto, diferente de lo que sucedía con la teoría de KELSEN, donde la norma fundamental solamente otorgaba competencia al constituyente para validar las demás normas. Esto, en cierta forma, elimina uno de los grandes problemas de la concepción kelseniana: la falta de eficacia de una norma válida o la contradicción de la teoría por la aplicación de una norma inválida.

El reconocimiento del derecho como hecho social y, en consecuencia, la admisión de la posibilidad de que incluso la regla de reconocimiento puede ser alterada por la aplicación judicial, posibilita una teoría mucho más adecuada para explicar el derecho contemporáneo. No obstante, todavía es preocupación de la concepción hartiana la estructura abierta de las normas, sean estas primarias o secundarias. Si el derecho es un hecho social y los criterios de reconocimiento pueden ser dependientes de la práctica jurídica, es natural que el lenguaje ejerza un papel fundamental en la definición del contenido del derecho. Siguiendo una línea opuesta a la de KELSEN, HART sostiene que las reglas jurídicas no presentan una significación única y que tampoco la ley posibilita un sentido inequívoco de las reglas jurídicas. Por lo contrario, las reglas jurídicas frecuentemente presentan amplias

⁸⁴ A partir de la idea de normas secundarias y de reconocimiento en una autoridad permanente, institucional, Hart diferencia el derecho del mero acto de fuerza, *verbis*: "What is a command? It is simply an expression by one person of the desire that another person should do or abstain from some action, accompanied by a threat of punishment which is likely to follow disobedience. Commands are laws if two conditions are satisfied: first, they must be general; second they must be commanded by what (as both Bentham and Austin claimed) exists in every political society whatever its constitutional form, namely, a person or a group of persons who are in receipt of habitual obedience from most of the society but pay no such obedience to others. These person are its sovereign. Thus law is the command of the uncommanded commanders of society – the creation of the legally untrammelled will of the sovereign who is by definition outside the law." (HART, Herbert L.A., "Positivism and the separation of law and moral", *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 58-59). En el mismo sentido la observación de J. COLEMAN, citando ejemplo del propio HART, sobre como el derecho no se puede resumir a la eficacia (al menos a la eficacia que viene desde fuera del sistema), *verbis*: "*The following is a compressed version of his simple but elegant argument. He begins with an observation: while there may be many important similarities commands backed by threats and law, there appear to be certain important differences as well. If we take a gunman as an example of the former, one thing to note is that the force of the gunman's command evaporates when the threat is withdrawn, whereas law can outlive those who create it; and the authority to create or adjudicate law is not conferred on a particular person, but on persons in virtue of their occupying office. Hart refers to these features of law as its persistence and continuity. They distinguish law from commands and legal systems from gunmen.*" (COLEMAN, Jules. "Incorporationism, Conventionalism and the practical difference thesis". *Hart's Postscript: essays on the Postscript to The Concept of Law*, edited by Jules Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 108-109).

zonas de incertidumbre, por lo que es fundamental el papel ejercido por la interpretación.

A partir del reconocimiento de ese carácter incompleto del derecho, la interpretación asume una función más destacada en el sistema. Pero no se deja de reconocer que los medios para solucionar los conflictos de significación de las normas jurídicas pueden ser resueltos jurídicamente de dos formas. El primero a través de la legislación, la cual determina que es el legislador el responsable por la especificación de conductas definidas en otras leyes en que hay determinada margen de imprecisión. El segundo es el que se da a través de los precedentes, que establecen cómo son interpretadas las normas, así como definen los criterios que integran la regla de reconocimiento. Ambos constituyen fuentes de derecho, dotadas de competencia conferida por la regla de reconocimiento y, por lo tanto, con autoridad. La opción de preferencia entre una y otra dependerá de las prácticas legislativa y judicial en un determinado sistema jurídico. Mientras tanto, ambas formas siempre estarán presentes, pues, por más que en un sistema se quiera eliminar la actividad de creación judicial, deberá ser considerado que la imprecisión es consecuencia del lenguaje general y abstracto que debe tener la ley. Por esto, resulta imposible prever con antelación todas las situaciones posibles reguladas por la norma y las imprecisiones de sentido que pueden generar.

Desde el momento en que se presenta una teoría del derecho construida desde abajo, o sea, desde sus fuentes sociales, asumiendo que la regla de reconocimiento no impone conductas, sino que apenas identifica la pertenencia de las demás reglas a un determinado ordenamiento, es posible percibir que será la propia práctica jurídica la que definirá una norma como jurídica o no. Igualmente, en la práctica jurídica será posible construir significados jurídicos a términos abiertos, lo que posibilitará incorporar elementos que, teóricamente, serían externos al derecho.

Como se ha dicho anteriormente, los criterios de juridicidad o pertenencia pueden estar, tal y como suele ocurrir, identificados con la producción legislativa. Sin embargo, nada impide que sean también establecidos por otro órgano dotado de autoridad, como son los tribunales. De esa forma, si consideramos que los tribunales asumen esa condición crítica desde del punto de vista interno, y que la formación de la regla de reconocimiento depende de esos criterios de reconocimiento, es posible concluir que, a partir de la teoría de HART, es la práctica jurídica la que determina el

contenido de la regla de reconocimiento.⁸⁵ De ese modo, ella estará siempre protegida de una eventual falta de eficacia.

De acuerdo con la concepción de HART, incluso en que la regla de reconocimiento se halle dependiente de los criterios establecidos por los operadores del sistema, esto no significará una necesaria contaminación por cuestiones morales. Así ocurre porque, a diferencia de lo que ocurría en el *iusnaturalismo*, la decisión a ser considerada no es la decisión individual, sino una convergencia entre decisiones de varios jueces o la autoridad del tribunal que decide. Esta convergencia, además de no depender de un juicio individual sobre determinada materia, no necesita establecer la mejor justificación o el mejor concepto sobre determinado término. Es suficiente con que sea una *mera convergencia*, asociada a cuestiones de jerarquía de las autoridades decisorias. Desde el punto de vista interno, es fundamental la idea de autoridad y, por eso, la consideración de la jerarquía de las instituciones. De esa manera, lo que determinará la condición de pertenencia o no de una norma será la decisión de los tribunales (jerárquicamente considerados).⁸⁶

⁸⁵ En este punto se puede observar dos puntos fundamentales en la evolución a la concepción hartiana. El primero que la afirmación de los positivistas ideológicos en el sentido de que el juez debe obedecer ciegamente a la ley es necesario a la explicación positivista del derecho. En el momento en que son los jueces los que definen que ley puede o no ser aplicada y dado que son los jueces quienes definen por convergencia en el punto de vista interno cuáles son los criterios que identifican la pertenencia de una norma al derecho nos están más totalmente dependientes del texto de la ley. Tienen, ya, un importante margen de interpretación. El segundo, el hecho de que a través de esta concepción Hart elimina, o al menos disminuye, el problema de la eficacia de Kelsen, consistente en la no aplicación de una regla válida por los tribunales. A través de esta concepción se puede tener una idea de hacia donde evoluciona la ciencia positivista en el sentido de explicar el constitucionalismo, a los criterios de la regla de reconocimiento se añaden criterios que ya no son meramente formales, sino materiales, los cuales confluyen fuertemente con la moral. De esto nos ocuparemos adelante.

⁸⁶ HART, H., *O conceito de direito*, cit. p. 155. En relación a la afirmación de Hart, BARZOTTO sostiene la siguiente crítica "De este modo, la dimensión fáctica penetra en la esfera jurídica, inviabilizando la lógica del concepto de validez. La crítica a esta contaminación fáctica de lo jurídico puede parecer sin propósito, en la medida que el propio Hart asume la dimensión fáctica de la regla de reconocimiento, renegando, aparentemente, del proyecto positivista de aislar el derecho de los hechos." (BARZOTTO, cit. p. 122.). Desde nuestro punto de vista la crítica no parece del todo procedente. El tribunal tiene su autoridad basada también en una regla jurídica, y sólo por esto puede actuar. Es su deber actuar conforme al sistema respetando reglas de competencia so pena de desacreditar el sistema y tener también su propia competencia amenazada. Por otro lado, Hart condiciona el establecimiento de los criterios de la regla de reconocimiento al punto de vista interno, de los cuales sólo participan aquellas instituciones dotadas de competencia instituidas por reglas secundarias, alejando de la definición a los participantes del punto de vista externo; estos si formados por filósofos, críticos, partes; que porque no tienen competencia no influyen en la definición del derecho de otra forma que no sea mediante la crítica. Si el derecho estuviera sujeto a la actuación también del punto de vista externo pensamos que sería posible afirmar su contaminación. Sin embargo, estando protegido por normas de competencia, no parece que se produzca la incoherencia apuntada por BARZOTTO. De la misma forma, también sobre esta afirmación ya se puede tener una idea importante sobre el constitucionalismo y la relación entre el derecho y la moral. No sólo en el positivismo hartiano, sino que también en el constitucionalismo actual, las relaciones entre derecho y moral dependen de tribunales, que incorporan contenidos de acuerdo con lo que piensan sobre determinado criterio, aunque de forma "equivocada". No se puede decir que dependa de la moral, sino sólo que haya una relación semántica con un concepto moral.

A partir de HART es posible observar que el proceso de formación del derecho es algo más complejo de lo que hasta entonces había sido presentado por otras teorías positivistas. Así lo es en razón de la relevancia de conceptos semánticos abiertos –los que permiten la incorporación de criterios no meramente formales, sino también filosóficos– y de lenguaje. La atribución de un sentido *jurídico* a estos términos, presentes tanto en normas primarias como en secundarias, dependerá de la actividad de los operadores jurídicos; lo que, si se tiene en cuenta la tradición anterior, prueba la importancia de la práctica judicial en la definición del propio contenido del derecho. Por otro lado, su teoría jamás deja de considerar los criterios metodológicos en la definición de lo jurídico, no dejando en ningún momento de sostener las principales tesis positivistas, tales como la concepción de las fuentes sociales del derecho o la separación entre derecho y moral.

Este avance nos parece indispensable para la comprensión del constitucionalismo contemporáneo y de todo lo que esta concepción afecta a la teoría jurídica. Además, desmitifica lo que muchos consideran una penetración (necesaria) de contenidos morales en el derecho.⁸⁷ Con HART y su teoría lingüística es perfectamente posible comprender la autonomía del derecho en relación con el uso de términos con correspondencia en la moral.⁸⁸ Estos términos adquieren

⁸⁷ Sobre esto nos explica el propio HART, *verbis*: “We can not return to the main point. If it is true that the intelligent decision of penumbral questions is one made not mechanically but in the light of aims, purposes, and policies, though not necessarily in the light of anything we would call moral principles, is it wise to express this important fact by saying that the firm utilitarian distinction between what the law is and what it ought to be should dropped? Perhaps the claim that it is wise cannot theoretically refuted, for it is, in effect, an *invitation* to revise our conception of what a legal rule is. We are invited to include in the ‘rule’ the various aims and policies in the light of which its penumbral cases are decided on the ground that these aims have, because of their importance, as much right to be called law as the core of legal rules whose meaning is settled.” (HART, Herbert L.A., “Positivism and the separation of law and moral”, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Oxford University Press p. 71)

⁸⁸ A propósito del tema HART, sostiene la coherencia de su tesis con el argumento positivista de separación del derecho respecto a la moral, un ejemplo que explica porqué su teoría puede ser tenida como el primero paso en dirección al incorporacionismo. En el ejemplo, HART presenta un caso en que criterios morales pueden hasta ser buscados por el juzgador sin que se altere la calidad jurídica. La cuestión es que, de la misma forma que puede estar también puede no estar, de forma que se confirma que no es una característica necesaria para la definición de jurídico. Demuestra, también, que la moral natural no siempre está al alcance del juzgador. Además, no será sólo la moral la que puede estar presente, sino también una infinidad de factores externos al derecho que penetran en las decisiones que exigen justificación “An example may make this point plainer. With us the task of sentencing in criminal cases is the one that seems most obviously to demand from the judge the exercise of moral judgement. Here the factors to be weighed seem clearly to be moral factors: society must not be exposed to wanton attack; too much misery must not be inflicted on either the victim or his dependants; efforts must be made to enable him to lead a better life and regain the position in the society whose laws he has violated. To a judge striking the balance among these claims, with all the discretion and perplexities involved, his task seems as plain an example of the exercise of moral judgement as could be; and it seems to be the polar opposite of some mechanical application of a tariff of penalties fixing a sentence careless of the moral claims which in our system have to be weighed. So here intelligent and rational decision is guided however uncertainly by moral aims. But we have only to vary the example to see that this need not necessarily be so and surely, if it need not necessarily be so, the utilitarian point

sentido autónomo en el ámbito jurídico, el cual es determinado por la convergencia de los operadores jurídicos y, finalmente, por la jerarquía.⁸⁹ Puede hasta venir a tener el mismo sentido que disfrutan fuera del ordenamiento, pero éste no será necesariamente el mismo.

1.2.2.2.a Puntos de vista interno y externo

Según HART, para explicar el derecho no es suficiente una explicación que se limite a su eficacia. Se hace necesario asumir la existencia de la norma jurídica, así como adoptar una postura crítica en relación con la pertenencia de esa norma a determinado sistema jurídico, lo que significa asumir un punto de vista interno. Distintamente de la proposición de AUSTIN, HART sostiene que el mero reconocimiento de una sanción no es capaz de producir una obligación. Como máximo, produce un temor psicológico para actuar de determinada manera. Según HART, si no hay referencia a la existencia de una norma jurídica y solamente nos limitamos a considerar la obligación como una probabilidad de sufrir una sanción, no es posible comprender cuestiones que están por detrás de esa norma que nos permiten distinguir lo jurídico de lo no jurídico.⁹⁰ Asumiendo el punto de vista interno, o de justificación de la sanción expresada en una norma jurídica, será posible distinguir entre un mandato jurídico y otro no jurídico, que también se utiliza de la fuerza de coacción, como en el caso clásico de la orden del bandido que porta un

remains unshaken.” (HART, Herbert L.A., “Positivism and the separation of law and moral”, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1983p.70)

⁸⁹ Coleman explica la importancia de la idea de HART de una concepción de formación de la regla de reconocimiento a través de la convergencia. Esto demuestra un poco cómo la ciencia del derecho puede asumir una función descriptiva y no tiene como función imponer una forma de ser al derecho. “*There is always the possibility of disagreement about the extension of a concept. This is true in every domain of discourse, not only the law. Descriptive, conceptual analysis requires a core of agreement, not the absence of disagreement. It is the scope and breadth of disagreement, not its possibility that matters – in law as elsewhere. There is always disagreement because there are always potentially controversial cases. It does not follow from the existence of controversial cases that there is disagreement at the core, or that the core is empty. Those who embrace the possibility of descriptive, conceptual analysis do not claim on its behalf that it can fully specify the content of a concept, nor do they deny that normative argument is appropriate to resolving disagreements at what Hart calls the ‘penumbra’. It hardly follows from the appropriateness of normative argument at the ‘frequency extremes’ that there is no core, or that the core is unsettled, or that its content can be specified only by normative argument.*” (COLEMAN, Jules. “Incorporationism, Conventionalism and the practical difference thesis”. *Hart’s Postscript: essays on the Postscript to The Concept of Law*, edited by Jules Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001 p. 107-108)

⁹⁰ HART, H. L. A., *The concept of law*, Oxford: Clarendon Press, 1961, trad. It. di. M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino: Einaudi, 1965, p. 68 y ss..

arma de fuego.⁹¹ A partir de esa idea, HART concluye que los mandatos jurídicos se distinguen de una simple orden exactamente porque poseen y presuponen la existencia de una norma anterior que prevé la sanción a determinado comportamiento.⁹²

Para HART, es posible asumir dos puntos de vista sobre el derecho. El primero, el punto de vista externo consiste en el mero comportamiento regular en el sentido de la práctica de determinada conducta, la cual puede ser identificada por cualquier observador, sin la necesidad de un análisis crítico. Por otro lado, el punto de vista interno, consistirá en la aceptación de ese modelo de comportamiento expresado en la norma como conducta obligatoria para los demás. Es la aceptación y el reconocimiento de esos comportamientos como norma, sumada a una presión social, lo que hace posible que esa conducta se imponga (transformada en norma por la aceptación general), es decir, que se vuelva eficaz.⁹³

No obstante, en el momento en que una sociedad pasa de un modelo sencillo a una configuración más compleja, se hace necesaria alguna sofisticación en la forma de constituir esa presión social, así como definir conductas generales que se han de seguir. En ese momento, es necesario constituir instituciones responsables para definir criterios de cambio de esas normas, crear normas que permitan criterios de reconocimiento de las reglas jurídicas, así como normas que organicen las instituciones y definan sus competencias. Es en ese contexto en el que se hace necesaria la idea de autoridad. A partir de la autoridad, el proceso de aplicación y

⁹¹ Sobre esto escribe BARZOTTO que “a) para que exista un hábito en un determinado grupo, es suficiente un mera convergencia de comportamiento. El desvío del comportamiento no provoca necesariamente una crítica. Al lo contrario, dónde existe una regla social su violación viene necesariamente seguida de críticas por parte de los miembros del grupo. b) la existencia de la regla hace con que la crítica a la desviación sea vista generalmente como justificada o legítima, incluso para aquéllos que la infringen. c) la existencia de una regularidad de comportamiento es un hecho observable tanto a la regla cuanto al hábito. Podemos denominarlo “aspecto externo” de la regla. Pero la regla posee una otra dimensión: su aspecto interno. El aspecto interno consiste en una actitud crítico reflexivo en relación al comportamiento previsto por la regla. El comportamiento en cuestión es asumido como padrón, e la crítica a sus desvíos, así como la exigencia de conformidad que se manifiesta delante de la amenaza del desvío son vistos como legítimos y justificados.” (BARZOTTO, *O positivismo jurídico...*cit. p. 110-111).

⁹² Sobre el tema, Silvana CASTIGNONE, utilizando algunas ideas de K. OLIVECRONA, presenta una explicación de tipo psicológico al fenómeno de la adopción al punto de vista interno propuesto por HART, *verbis*: “L’obbligo in sostanza non è altro che la possibilità di essere sottoposti a sanzione: ma tale possibilità si riveste di una apparenza di doverosità oggettiva, la quale si frappone tra il comportamento del singolo e la reazione della machina del diritto, in un modo, concepito come reale ma in effetti del tutto immaginario, di entità soprasensibili quali i diritti, i doveri, la forza vincolante e simili. Tale rivestimento viene da lontano, dalla commistione primitiva fra magia, religione, diritto e morale: si è conservato attraverso l’abitudine, l’educazione, l’ossequio alla tradizione, e viene continuamente alimentato, a livello inconscio, proprio dal timore della sanzione, cioè dal funzionamento della macchina del diritto che a sua volta contribuisce a ricaricare attraverso il senso di dovere oggettivo nei confronti delle norme.” (CASTIGNONE, Silvana. “Punto di vista interno ed efficacia”, *La teoria generale del diritto, problemi e tendenze attuali*. Milano: Edizioni di Comunità, 1983, p. 10. .

⁹³ HART, H., *The concept of law...* cit. p. 103.

definición de lo jurídico es dejado en gran parte al encargo de las instituciones: legislativa y judicial, de forma que la aceptación crítica que caracteriza el punto de vista interno está gradualmente sustituida por una aceptación más pasiva que activa (crítica).⁹⁴

De esta manera, la gran complejidad social acaba por sustituir la crítica que caracteriza el punto de vista interno en las sociedades más sencillas por una confianza en el juicio hecho por los tribunales, que siempre deben adoptar una postura de aceptación activa. El juicio fuerte de aceptación concebido por HART al punto de vista interno es ejercido casi que exclusivamente por las autoridades. Todavía, es importante señalar que ese posicionamiento crítico adoptado por las autoridades interesa a toda la comunidad jurídica –como operadores jurídicos, filósofos del derecho, etc., exactamente porque incluye también la actividad de atribución de un sentido jurídico en términos de estructura abierta. Esos términos, que están muchas veces incluidos en la cumbre de los ordenamientos, permite una gama muy amplia de interpretaciones, aunque la identificación de un sentido jurídico atribuido por los operadores del sistema permite, al menos en el campo del derecho, encontrar bases sólidas de identificación de sentido jurídico. Así, aunque muchos de los términos incorporados como criterios importantes de validez puedan, sí, hacer referencia a valores morales, el sentido que va a interesar al derecho es el sentido con el que esos términos son incorporados, es decir, el sentido atribuido por las autoridades.

Ese planteamiento, basado en la idea de autoridad, convergencia y aceptación, será el punto de partida de las llamadas *teorías incorporacionistas*, de las cuales nos ocuparemos más adelante. De acuerdo con esas teorías, es tan fuerte el aspecto de la convergencia, que ésta no precisa estar acompañada de un juicio crítico por parte de los operadores jurídicos, pero puede originarse de, por ejemplo, razones prudenciales o de conveniencia. Además, incluso la postura crítica

⁹⁴ HART introduce la distinción entre aceptación activa y pasiva. La aceptación pasiva u obediencia a un derecho institucionalizado “non implica necessariamente l’idea, da parte di chi obbedisce, che ciò che egli fa sia la cosa che si deve fare, da parte sua e degli altri [...] Il suo atteggiamento, in altre parole, non ha necessariamente quel carattere critico che è presente quando vengono considerati come criteri generali di condotta. Egli non deve necessariamente, sebbene possa farlo, condividere il punto di vista interno e accettare dal punto di vista interno le norme come criteri di condotta per tutti coloro a cui si applicano. Viceversa, egli può considerare la norma soltanto come qualcosa che esige che egli compia un certo atto sotto minaccia di sanzione [...] Ma questo rapporto meramente personale con le norme, che è tutto quello che il privato cittadino può avere nell’obbedire ad esse, non può caratterizzare l’atteggiamento dei tribunali.” (HART, H., *The concept of law...*, cit., p. 136.

de los tribunales, que deben presentar una postura fuerte de aceptación de las normas, no estará siempre guiada por un análisis moral en sus decisiones. Por el contrario, se debe considerar que, a partir del momento en que la teoría de HART destaca en el escenario jurídico, también surgen críticas en relación con los puntos de vista interno y externo, principalmente en lo que interesa a la aceptación por parte del juzgador. Muchos son los autores que defienden que el punto de vista interno a ser adoptado por el juzgador debe ser algo neutro.

Con anterioridad al Estado constitucional o al modelo neoconstitucionalista –o sea, a partir de la inclusión de criterios materiales relacionados a la moral en la cumbre de los ordenamientos, condicionando a la validez de las demás normas– siempre fue característica del positivismo jurídico la defensa de una concepción formal, en el sentido de que el derecho podría aceptar cualquier contenido normativo, siempre que fuera producido por las fuentes correctas. A partir de esa introducción de criterios materiales como condicionantes de la validez de las demás normas jurídicas, es natural que se cuestione la posibilidad del derecho a reconocer “cualquier moral”, de forma que cada vez más la adopción de una postura crítica sobre el contenido jurídico de tales valores se hace presente. Al mismo tiempo, por el aumento de los cuestionamientos sobre el sentido de tales términos y de la conformidad de las normas de menor jerarquía, se crea al derecho, también, un problema epistémico de identificar no solamente el contenido de esas normas mayores, sino la propia validez de las normas jerárquicamente inferiores.

Esta nueva postura ciertamente permite una mayor relevancia de los criterios morales. Al mismo tiempo se puede afirmar que la moral permanece fuera del sistema, como referencia crítica al derecho vigente; no es raro encontrar posicionamientos que sostienen la incorporación de la moral a la cumbre de los ordenamientos jurídicos. Ante este impase, que pone en jaque el propio positivismo jurídico –que no acepta la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral– parecen haber surgido posicionamientos intermediarios, los cuales buscan enfrentar frontalmente estos problemas de conexión entre moral y derecho en la definición de la validez o del propio contenido del derecho. Ante este desafiante problema enfrentado por la teoría del derecho, autores como SASTRE ARIZA y Luigi FERRAJOLI proponen la adopción de un *punto de vista funcional*, el cual estaría a mitad de camino entre el punto de vista interno y externo.

Este *punto de vista funcional* busca un complejo equilibrio entre la necesidad de reconocer que los términos constitucionales relacionados con la moral no pueden ser totalmente despojados de su sentido originario (filosófico-moral), de forma que no se conviertan en meros adornos de las constituciones; por otro lado, se reconoce que, una vez incorporados, estos términos morales pueden tener su sentido construido de forma algo diferente de su sentido filosófico, permitiendo que el derecho no se confunda con la justicia ni las constituciones con el derecho natural.⁹⁵

De acuerdo con el punto de vista funcional, al menos por parte de los operadores jurídicos, las normas jurídicas que encuentran correspondiente en la moral –tales como principios y valores– exigen del intérprete que se les confiera un mínimo de sentido, pero sin dejar de observar cuestiones inherentes al sistema jurídico, tales como la jerarquía entre los órganos judiciales, las decisiones tomadas legítimamente por el legislador, o los criterios de autoridad. En resumen, la atribución de un sentido jurídico a esas normas-valores no representa necesariamente una transición de su sentido filosófico al derecho.

1.2.2.3 Principales puntos de conflicto entre las tesis defendidas por el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo

A partir de las teorías de KELSEN y HART - las cuales fueron utilizadas como ejemplo del desarrollo del pensamiento positivista en comparación con el positivismo formalista identificado con la aplicación automática y acrítica del derecho positivado, resulta posible percibir una concepción sobre el derecho que se propone a la tarea de explicar el funcionamiento de los sistemas jurídicos. En lugar de definir cómo debería funcionar, se preocupa con la investigación de cómo funcionan los ordenamientos jurídicos. Son estas teorías las que se pueden considerar como verdaderas fundadoras de la teoría general del derecho, las cuales se presentan como única ciencia con la finalidad específica de identificar el funcionamiento de los sistemas jurídicos. De esa forma, el derecho experimenta un notable avance en

⁹⁵ Sobre el asunto sugerimos FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*, Roma: Laterza, 1990, p. 351 y ss., SASTRE ARIZA, Santiago. "Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 35, 2001, p. 351-355 y SHINER, Roger A., "Hermeneutics and the internal point of view, in *Reason in Law*, Milano: Giuffrè, 1988, p. 213-223.

relación con el positivismo ideológico clásico, donde por razones conyunturales había una preocupación mucho más intensa en el sentido de determinar cómo deberían funcionar los sistemas jurídicos. En ese aspecto, parece posible afirmar que es solamente a partir del positivismo moderno que se construye una auténtica teoría autónoma del derecho, independiente no sólo de la moral, sino también de otros elementos externos cualesquiera, como, por ejemplo, la política.

En esta tarea de explicar el derecho, mantiene el positivismo moderno la concepción monista sobre el derecho. Se continúa identificando la legislación como fuente de derecho, pero no como la única. Es verdad que en KELSEN aún es posible encontrar una cierta recomendación del uso de normas jurídicas con una determinada estructura (reglas): supuesto fáctico vinculado a una conexión jurídica bien clara, de modo que al juez le baste con su simple aplicación.⁹⁶ Pero KELSEN jamás sostiene que esta es la mejor *forma* normativa, sino sólo que el jurista deberá identificar y observar criterios de validez definidos en el ordenamiento. Con HART entendemos que la ciencia jurídica da un paso más adelante, reconociendo el derecho como hecho social y, con ello, la inexorable influencia de contenidos externos en el derecho. Se identifica el monismo con una postura institucional, de autoridad, la cual es fundamental para el descubrimiento del contenido del derecho. De esta forma, se diversifican las fuentes del derecho, destacándose el papel del intérprete en la definición de lo que es jurídico y de lo que no es. Según aclara DORADO, las diversas tesis que buscan explicar el derecho a partir de una postura positivista, se caracterizan por la defensa de dos tesis. La primera sostiene que el término *derecho* se debe reservar para referirse exclusivamente al derecho positivo, lo que supone el rechazo al uso de la expresión “derecho natural” para referirse a

⁹⁶ Sobre la posición de KELSEN explica LOPERA MESSA, *verbis*: “Pese a reconocer que de hecho las constituciones contienen cláusulas de contenido valorativo, éstas no encuentran fácil acomodo en la concepción de la constitución elaborada por el padre de la Teoría Pura del Derecho ya que – según explica este autor – el alto grado de indeterminación que presentan este tipo de normas impide que su consideración en el razonamiento jurídico pueda tener el carácter de un acto de aplicación del derecho en sentido técnico, por lo cual solo cabe entenderlas como expresiones carentes de significado jurídico que consagran espacios abiertos a la discrecionalidad de los órganos de creación jurídica. De ahí que – a juicio de Kelsen – resulte equivocado interpretar “*las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes*, y más aún, emplearlas como criterio para enjuiciar su constitucionalidad, pues ello implicaría un inconveniente e ilegítimo desplazamiento del poder del Parlamento a favor del Tribunal Constitucional. Por ende, aconseja el profesor austriaco, con el fin de evitar un desplazamiento semejante, *la Constitución debe (...) abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible.*” (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados* p. 50, citación de Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, p. 115)

una determinada moral correcta.⁹⁷ La segunda, a su vez, defiende que es posible establecer una separación conceptual entre derecho y moral. Esto no significa que no existan puntos de conexión entre el derecho y la moral, sino simplemente que no existe ninguna conexión necesaria entre la validez del derecho y su adecuación a una determinada moral crítica. O sea, el jurista, en el momento de determinar la validez del derecho, debe actuar de forma neutra, desde el punto de vista valorativo, utilizando hechos susceptibles de comprobación empírica como fuentes del derecho, y no su consideración sobre la adecuación de la norma o sentido de un término a una determinada moral correcta que considera como representación del derecho justo.⁹⁸

1.2.2.3.a Iuspositivismo y legitimidad democrática

Uno de los puntos más importantes utilizados en el enfrentamiento con el neoconstitucionalismo –para el cual el positivismo jurídico, como teoría del derecho, debe presentar una explicación adecuada–, se refiere al activismo judicial y la legitimidad democrática. Aunque el tema por sí proporcione elementos para un estudio propio –lo que será objeto del capítulo siguiente– aquí se menciona porque afecta a una cuestión fundamental para la comprensión del modelo de derecho propio del Estado constitucional.⁹⁹

Son frecuentes las críticas por parte de algunos autores representantes del positivismo no incorporacionista, en el sentido de que es necesario que haya una restricción al activismo judicial. Esa posición entra, en cierta forma, en conflicto con

⁹⁷El sentido de “moral correcta” es abandonado por la creencia sobre la imposibilidad de su determinación por la constatación histórica de los cambios que los sentidos morales han sufrido. De esta forma, esta es identificada con posiciones intuicionistas o emotivistas que no se adecuan a la teoría positivista y, por lo tanto, pueden actuar como crítica al derecho positivado. Sin embargo, no hacen parte del concepto de derecho.

⁹⁸ DORADO. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico...*, cit., p. 49-50. Siguiendo esta misma línea de conceptualizar las características del positivismo jurídico se destaca el de Norbert HOESTER, según el cual, el iuspositivismo se caracteriza por la defensa de cinco tesis: a) *tesis de la ley*: el concepto de Derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley; b) *tesis de la neutralidad*: el concepto de Derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido; c) *tesis de la subsunción*: la aplicación del Derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones; d) *tesis del subjetivismo*: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva y e) *tesis del legalismo*: las normas jurídicas deben ser obedecidas en todas las circunstancias. In N. Hoerster. *En defensa del positivismo jurídico*. trad. de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 11.

⁹⁹ Hacemos este comentario en razón de que este punto constituye una evolución del presente, el cual pretende, en el caso de que evolucione hacia una tesis, incorporar la cuestión de la legitimidad y la actividad judicial así como un análisis más profundo sobre la estructura de las normas.

la práctica judicial del Estado constitucional, o incluso con concepciones que parten del modelo hartiano hasta el neoconstitucionalismo, las cuales atribuyen a la actividad judicial un relevante papel en la creación del derecho. Este contrapunto – fundamental para el desarrollo de criterios materiales propuestos en las constituciones actuales y uno de los puntos clave de la doctrina neoconstitucionalista– contrapone, en cierta forma, la autonomía del derecho con la necesidad de su legitimación popular.

Una posición más restrictiva en relación con la actividad de los tribunales defiende que los conceptos indeterminados no son competencia de los jueces, sino que son dirigidos al legislador. Esta idea estuvo durante mucho tiempo relacionada con una concepción programática de constitución, dirigiendo sus normas al legislador para que éste las complementase, cuándo y cómo entendiera conveniente. La constitución, en ese modelo, representaba una fuente mediata al intérprete, siendo la ley su fuente inmediata. La aplicación de las constituciones en relación con las normas que no presentasen una estructura clara de regla solamente sería posible delante de su especificación por parte del legislador.

Pero, a lo largo de las últimas dos décadas, se ha observado un crecimiento del papel de la actuación judicial en el desarrollo de esos conceptos. Tal hecho se debe en gran medida a la influencia del constitucionalismo inglés y estadounidense, donde la ley no deja de tener el protagonismo, pero cuenta más como fuente hegemónica del derecho. Conforme explica ANSUÁTEGUI ROIG, la concepción clásica del positivismo no concebía un derecho injusto porque “el poder político –que tiene el monopolio sobre la producción jurídica– tiene el monopolio también sobre la idea de justicia y refleja dicha idea en las normas jurídicas dictadas por él.”¹⁰⁰

En relación con lo que nos interesa en este momento, la cuestión de la legitimidad judicial se refiere a la posibilidad de los operadores del sistema de crear normas secundarias o de atribuir sentido jurídico a normas de contenido abierto o indeterminado, factor indispensable para la comprensión del positivismo contemporáneo y del derecho actual.¹⁰¹ Sin entrar en cuestiones relativas a las

¹⁰⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. p. 24.

¹⁰¹ Este problema para la explicación del derecho actual, compuesto no apenas de reglas de estructura clásica, sino que de principios y hasta reglas de contenido abierto, presupone un gran desafío a la explicación positivista, que debe abstenerse de su carácter ideológico al máximo posible. Sobre este desafío apunta Luis Prieto, *verbis*: “Como sabemos, el positivismo ha defendido (o se le han atribuido) dos concepciones de la interpretación abiertamente contradictorias. Según la primer, el Derecho es un sistema pleno o, al menos, completable y la aplicación de la norma al caso representa

tareas políticas, es importante observar que en el momento en el que se hace posible a los tribunales atribuir una significación jurídica a conceptos indeterminados o de referencia moral y se considera que esas normas son referencia de validez de prácticamente todo el ordenamiento, la supremacía legislativa resulta relativizada, incluso si la consideramos solamente desde el punto de vista jurídico.

De forma bastante sintética, lo que pretendemos destacar es que la concepción de ley como única fuente del derecho y de que todos los problemas jurídicos pueden encontrar solución en la decisión del legislador no puede más ser sostenida en el derecho actual. En cierta forma, eso implica una revisión de la actividad judicial, la cual debe ser concebida como verdadera fuente de derecho, mucho más que un órgano de aplicación automática de la ley. En este contexto, el intérprete ejerce un papel fundamental no sólo en la aplicación, sino también en la creación del derecho. Si el derecho es hecho social, la práctica jurídica es fuente importante del derecho. La jurisprudencia, más que nunca, asume condición de fuente. Como resume DORADO PORRAS:

También la tesis de la insuficiencia de la ley y, por tanto, su coherencia y su plenitud ha tenido que ser matizada para poder seguir siendo mantenida por el positivismo jurídico, y ello en clara conexión con el rechazo de la tesis de la función judicial positivista-mecanicista. La actividad judicial no puede consistir meramente en la aplicación mecánica de las normas, no sólo por la indeterminación de su lenguaje, sino también porque el juez tiene que resolver los problemas de lagunas y antinomias del sistema. Si la tesis de la coherencia y la plenitud tiene algún sentido no es ya como una propiedad predicable de la ley ni del Derecho legal en sentido amplio, sino más bien como una idea o nota regulativa que implica la existencia de criterios dentro del sistema para que el juez pueda solucionar las antinomias e integrar las lagunas.¹⁰²

una tarea mecánica o subyuntiva, de manera que el juez puede presentarse como un autómatas, como un sujeto "neutro", moral y políticamente irresponsable de la decisión que adopta. De acuerdo con la segunda, el Derecho no sólo presenta lagunas y contradicciones internas, sino que además toda norma adolece de una vaguedad congénita, de una zona de penumbra en la que siempre resultará dudosa la correcta subsunción del caso, con lo que el juez goza de una relativa pero irremediable discrecionalidad. Creo que el constitucionalismo, aunque parezca paradójico, ofrece argumentos en contra de ambas tesis. Por lo que se refiere a la primera, Zagrebelsky lo expresa con toda rotundidad: "sólo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la "maquinización" de su aplicación". (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*. op. cit. 137)

¹⁰² DORADO PORRAS. J., cit., p. 45.

1.2.2.3.b Estructura abierta de las normas

Según lo tratado hasta ahora, gran parte de los cambios de actitud en relación con el papel desempeñado por los tribunales en la creación del derecho es debida a huecos dejados por los legisladores, los cuales –por más precisos que sean– ya no consiguen regular una sociedad tan compleja exclusivamente a través de reglas que puedan prever todos los posibles soportes de hecho o traigan consecuencias jurídicas listas, adecuadas a situaciones tan diversas en el plano fáctico.¹⁰³ En este punto, toda la razón asiste a Gustavo ZAGREBELSKY cuando comenta que, ante el gran número de situaciones diversas que acaban regladas por la misma norma jurídica “la mera exégesis de los textos resulta, al final, la más abierta de todas las interpretaciones.”¹⁰⁴

De acuerdo con este argumento, es posible verificar que el contenido abierto de las normas jurídicas permite aproximarse más a una solución adecuada una vez considerado el ordenamiento como entero, permitiendo una mayor libertad al aplicador de atribuir y encontrar significados a términos abiertos. Esta solución, sin embargo, no es solamente una opción de los órganos judiciales, sino una imposición de la complejidad de una sociedad capaz de generar tamaña diversidad fáctica. Eso implica, por lo tanto, una concesión del propio legislador a la hora de adoptar estructuras más abiertas de regulación, que permiten una maleabilidad mayor en la solución delante de las situaciones de hecho. Como esclarece NAVARRO:

La textura abierta de los conceptos, según Hart, es una consecuencia de dos incapacidades de los seres humanos: el relativo desconocimiento del futuro y la relativa indeterminación de propósitos. Un ser omnisciente no enfrentaría, entonces, problemas de textura abierta. Sin embargo, es conveniente distinguir con claridad entre nuestras capacidades epistémicas y la precisión de nuestro lenguaje. En primer lugar, los límites de nuestro horizonte epistémico no son las únicas fuentes de vaguedad. En algunos casos, *decidimos* usar conceptos vagos a efectos de otorgar discreción a los intérpretes del derecho. Segundo, y más importante, es claro que no toda situación inesperada es una instancia de textura abierta. Las reglas

¹⁰³ El argumento está reflejado en la afirmación de ZAGREBELSKY, según el cual “La superación del Estado de derecho legislativo lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Se puede decir, en general, que las dos <separaciones> de la ley de las que hasta aquí se ha hablado – la separación de los derechos y la separación de la justicia – han dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, en el Estado constitucional, debe ser valorado mucho más de cuanto lo haya sido con anterioridad.” (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 109).

¹⁰⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit. 146.

semánticas que fijan el significado de las palabras rara vez están construidas de tal manera que sólo sirvan para clasificar situaciones sociales que han sido previamente anticipadas. Por supuesto, ello no quiere decir que no existan problemas de vaguedad o que nuestros defectos epistémicos no puedan resultar en problemas de textura abierta, sino más bien intento señalar que no existe una conexión necesaria entre vaguedad y conocimiento.¹⁰⁵

La estructura abierta de las normas consiste en algo más que una opción de los legisladores o tribunales: es una necesidad. Necesidad de llevar un derecho adecuado a situaciones de las más diversas y dinámicas, incompatibles con el moroso modo de producción legislativa. Sin embargo, permite adecuar las normas de modo que puedan ser alejadas cuando, en el caso concreto, se choquen con otros valores constitucionalmente protegidos.¹⁰⁶

Pues es sobre este derecho, que contiene normas jurídicas abiertas y que se caracteriza por un activismo judicial sin precedentes, sobre el que el positivismo debe dedicarse – como ciencia que se propone explicar y describir el derecho. En ese contexto, el positivismo debe explicar un derecho que cuenta con otras fuentes y no solamente con la ley. Un derecho como hecho social, que contiene normas abiertas y conceptos construidos por la práctica judicial. Esta debe ser la base de estudio del positivismo jurídico contemporáneo para que se mantenga como teoría del derecho. Es ese derecho real, distinto del que se tenía, el que impulsa al positivismo a reciclarse, lo cual conduce a la afirmación de Luis PRIETO en el sentido que nadie hoy en día sostiene que el único modelo posible de regla sea aquel donde se conecta un supuesto de hecho a una consecuencia o resultado jurídico, mediante una actividad automática de interpretación. De la misma forma,

¹⁰⁵ Sigue el autor afirmando que “Hart no distingue adecuadamente ambas situaciones, y por esa razón señala: When the unenvisaged case does arise, we confront the issues at stake and can then settle the question by choosing between the competing interests in the way which best satisfies us. In doing so we shall have rendered more determinate our initial aim, and shall incidentally have settled a question as to the meaning, for the purpose of this rule, of a general word.” (NAVARRO, P., “Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico”, cit., p. 150).

¹⁰⁶ Debido a dichos obstáculos, la textura abierta del lenguaje de las normas jurídicas no sólo es inevitable, sino que supone una ventaja, al permitir conciliar “dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial (...) y por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto”. Es precisamente en el ámbito de esta segunda necesidad donde opera la actividad del juez aplicando a casos que no había previsto el legislador, y que por tanto suponían una laguna del sistema, aquellas normas cuya textura abierta lo permite. (DORADO PORRAS. J., *Iusnaturalismo...*, cit., p. 47-48).

nadie sostiene el monopolio exclusivo de la ley como fuente de derecho, ni nadie identifica ya la ley con la justicia.¹⁰⁷

Así, de la misma forma que el positivismo se debe dedicar al derecho puesto; no presupuesto; debemos también considerar que sus teorías también evolucionaron en la búsqueda de explicaciones para ese nuevo derecho, de bases neoconstitucionalistas, por lo que también en el enjuiciamiento del positivismo es necesario dejar de identificarlo con teorías trasnochadas e ideológicas, que sostenían la ley como única fuente de derecho y la aplicación mecánica de las reglas jurídicas.

1.2.2.3.c Primeras consideraciones sobre la relación entre el derecho y la moral en el positivismo jurídico

En razón de la importancia que reviste el tema del análisis de la compatibilidad del positivismo jurídico y el constitucionalismo contemporáneo, parece pertinente tejer algunas consideraciones sobre la relación entre el derecho y la moral en la teoría positivista. Tal asunto se hace aún más polémico y relevante a partir de la presencia de principios y valores en las constituciones, así como su consideración como verdaderas normas jurídicas, lo que lleva a diferentes teorías de aplicabilidad de estas normas sostenidas por los intérpretes. Los principios, cuyo interés tuvo un aumento considerable a partir de las teorías de Ronald DWORKIN, terminaron por plantear serias dudas a la explicación positivista sobre el derecho, principalmente en lo que se refiere a la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Entre las discusiones que siempre se presentaron en la teoría del derecho a lo largo de su historia, seguramente la más importante es la relacionada con esta conexión entre derecho y moral, en el sentido de que el derecho debe o no estar adecuado a la moral para ser considerado verdaderamente como derecho. Esta compleja relación siempre consistió en uno de los puntos centrales de la teoría iusnaturalista y, en consecuencia, del positivismo jurídico, ocupando un lugar

¹⁰⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. "El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?". *Anuario de filosofía del derecho*, 1996, 13-14: p. 150.

destacado en los contrastes entre esas dos concepciones sobre el derecho. Si inicialmente esa discusión se daba a partir de la preocupación positivista de liberar el derecho de los criterios metafísicos e indeterminados característicos del derecho natural, en la actualidad está desencadenada por lo que se llama materialización del ordenamiento jurídico, provocada por la inserción de una serie de valores con correspondencia moral en las constituciones.

De entre todas las tesis defendidas por los positivistas, seguramente una de las únicas que puede ser encontrada en todas sus concepciones es la relativa a la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Según algunos autores de la doctrina iuspositivista moderna, como KELSEN y ROSS, un sistema se debe abstener de utilizar criterios morales porque esos, al final, son siempre subjetivos y emocionales, de modo que no se puede llegar a un concepto de moral correcta a través de un proceso racional. El iuspositivismo (relativista) kelseniano ataca frontalmente a la posibilidad de enunciación de una moral correcta defendida por el iusnaturalismo. La validez de un ordenamiento jurídico no puede estar condicionada por la adecuación a una moral absoluta. Una norma jurídica será válida si está de acuerdo con los criterios establecidos por las relaciones de validez, aunque pueda ser considerada injusta.¹⁰⁸

Por otro lado, HART también defiende la tesis de la separación entre derecho y moral, afirmando la inexistencia de una conexión necesaria entre los dos. Sostiene que en ningún sentido es necesariamente verdadero que las normas jurídicas reproduzcan o satisfagan exigencias morales, aunque de hecho eso suele o puede ocurrir. Sin embargo, HART ya reconoce que los conceptos morales puedan ser incorporados a la regla de reconocimiento.¹⁰⁹ Según su teoría, la regla de reconocimiento puede suministrar criterios de validez tanto formales como materiales. Así, mientras los primeros son referentes al procedimiento de creación

¹⁰⁸ En este el pensamiento de H. Kelsen, para quien: "Si se acepta que sólo hay valores relativos, entonces la afirmación de que las normas sociales tienen que contar con un contenido moral, de que tienen que ser justas para ser consideradas derecho, sólo significa que estas normas tengan que contener algo que sea común a todos los sistemas morales, en cuanto sistemas justos. Pero frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, el hombre en distintas épocas y en distintos lugares han considerado bueno y malo (...) no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de las diferentes órdenes morales." (Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. cit. p. 77.)

¹⁰⁹ "Además, los sistemas jurídicos incorporan entre sus normas determinadas cláusulas que hacen referencia general a la moral, como los principios que en el ámbito, sobre todo del Derecho privado, hacen referencia a las «buenas costumbres». Algunas veces incluso se incluyen principios morales a nivel más alto, es decir, en las cláusulas constitucionales, de tal forma que éstas son reconocidas «como parte de un criterio de validez jurídica. En tales casos, incluso los actos normativos de los supremos Legislativos pueden ser considerados inválidos si carecen de conformidad con tales principios»." (DORADO, op. cit. p. 84-85, citación de Hart)

normativa de las normas (*pedigree*), los segundos se relacionan con determinados contenidos que se desea para que esa norma venga a adquirir el *status* de jurídica. En conclusión, “la validez de las normas jurídicas puede o no ser únicamente una cuestión de forma, sino también de contenido. Bastará, para que se produzca esta posibilidad, con que en el sistema jurídico de que se trate su regla de reconocimiento haya incorporado algún criterio o criterios materiales de validez normativa.”¹¹⁰

Aunque el reconocimiento de la posibilidad de que criterios materiales integren la regla de reconocimiento juntamente con criterios formales, esto no perjudica la tesis de HART o de otros positivistas¹¹¹ sobre la separación entre derecho y moral. En ese sentido, cabe destacar en relación con la terminología aquí aplicada, que, aunque la tesis se haya concretado por la denominación de *tesis de la separación entre derecho y moral*, ésta sería mejor definida como tesis de la *no conexión necesaria entre derecho y moral*. Este punto nos parece esencial para comprender el pensamiento positivista según el cual lo que va a determinar el derecho será la relación de validez mantenida por las normas, que se establecen a partir de criterios de reconocimiento como jurídico o no jurídico, de pertenencia o no pertenencia al sistema, los cuales son establecidos por el propio derecho y no por una ley moral.

Siempre constituyó una verdadera obstinación de la doctrina iuspositivista el establecer exactamente cuáles son los criterios para determinar la pertenencia de determinada norma a los sistemas jurídicos, hasta el punto de buscar algunas teorías que pretenden, incluso, una determinación *a priori* del contenido del derecho a través del entendimiento de la ley como única fuente de derecho. Ésta, como se ha visto, terminó por presentarse como una solución incompleta, ya que no se conseguía explicar problemas como el de la falta de eficacia del derecho. A pesar de tales defectos, la ciencia positivista es la que presentó una respuesta más adecuada al funcionamiento del sistema jurídico, con criterios sólidos de identificación de lo que es jurídico, incluso solucionando problemas de autoridad para lo cual el iusnaturalismo nunca proporcionó una respuesta satisfactoria. Como resume ESCUDERO ALDAY, la explicación positivista “es la explicación que mejor da cuenta

¹¹⁰ ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid:Thompson Civitas, 2004. p. 55-56.

¹¹¹ Defensores del positivismo incorporacionista, soft positivism, positivismo incluyente, positivismo metodológico, etc. que serán objeto del siguiente epígrafe.

de lo que ha supuesto, para la teoría del Derecho, la consolidación de los modernos Estados constitucionales, en cuyo frontal se ubican los tantas veces aludidos derechos fundamentales, de innegable contenido moral”.¹¹² Del mismo modo, se puede decir que el positivismo es también capaz de explicar satisfactoriamente los ordenamientos que no prevén estos derechos fundamentales.¹¹³

Actualmente, la tesis de la separación entre derecho y moral o, como preferimos, de la no conexión necesaria, sufre, a partir de la doctrina iuspositivista contemporánea, una considerable reformulación. La denominada *tesis negativa del positivismo jurídico* admite la posibilidad de que, en un determinado sistema jurídico, la relación de validez puede o no depender de un criterio moral. Así, aunque reconozca la posibilidad de que la regla de reconocimiento traiga, además de los criterios formales, criterios materiales que hagan referencia a valores morales, esto no implica necesariamente el condicionamiento del derecho por la moral.¹¹⁴ Además, la presencia de esos criterios “morales” no es necesaria para la consideración de un sistema como jurídico, por lo que un sistema que no los prevea será igualmente un sistema jurídico.

Al argumento de la necesidad de una adecuación moral por el derecho, considera que bajo tal argumento sería posible justificar cualquier argumento moral, lo que sería verdaderamente peligroso al derecho y su función de garantía en contra del poder. A partir del abandono de una moral universal y atemporal, resulta muy difícil continuar sosteniendo el argumento iusnaturalista de que esta moral sea tan evidente y fácilmente perceptible.¹¹⁵ Toda la razón asiste a la concepción positivista

¹¹² ESCUDERO ALDAY, R., cit., p.127-128.

¹¹³ En razón de esto, es posible concluir que la explicación iuspositivista incorporacionista es más coherente con el valor de libre determinación de los pueblos y de la negación de la universalidad del contenido de los derechos fundamentales que el propio neoconstitucionalismo, teoría que tiene con muchas reservas los ordenamientos que no prevén un catálogo de derechos fundamentales, tal como trataremos adelante al analizar el neoconstitucionalismo.

¹¹⁴ Conforme ESCUDERO ALDAY: “El positivismo jurídico no está, a diferencia de lo que postulaba Dworkin, comprometido con una regla de reconocimiento no incorporacionista, es decir, con una regla de reconocimiento limitado a criterios formales de validez jurídica.” (cit., p. 92). De la misma forma, como también afirmaba DWORKIN el concepto de derecho no depende de ciertos valores no debe reconocer ciertos valores que, aunque moralmente se impongan, no son necesarios o imprescindibles para caracterizar determinado ordenamiento como jurídicos.

¹¹⁵ En este sentido observa Susana POZZOLO que “Si la conexión de que se trata, por un lado, debería aparecer conforme a la prospectiva normativa del constitucionalismo (en cuanto doctrina de los límites del poder) y, por otro lado, debe ser alguna cosa que el positivismo jurídico niega, se trata entonces de la moral universal. Si el reenvío fuera a la moral universal no se podría operar ninguna reducción fáctica, ya que el reenvío no sería a alguna cosa que pudiera ser empíricamente revelada, sino a alguna cosa que es justa en sí mismo siempre; no está contingentemente determinada. En este caso, el reenvío a la moral universal pretendería efectivamente su sobre ordenación a las normas jurídicas, que encontraría justificación en su naturaleza de «verdad» o de «justicia» universal o objetiva. En este punto, sin embargo, surgiría el problema de la identificación de los criterios aptos para individualizar ese tipo de moral, ya que en su ausencia

si consideramos el caso en el que el concepto de derecho esté condicionado por una moral no determinada *a priori*, lo que imposibilitaría el estudio del sistema jurídico como ciencia – ya que necesitaría utilizarse de parámetros metafísicos. La moral aceptada es una moral positivada, como la prevista en la constitución o en la regla de reconocimiento, la cual no se impone como jurídica por su valor, sino por el ingreso a partir de las fuentes de derecho reconocidas. Sin embargo, siendo determinada a partir de la práctica judicial, tendrá su contenido normativo construido dentro del sistema jurídico, o sea, determinado *a posteriori*, lo cual puede ser diferente de su sentido apriorístico.

Por otro lado, también es verdad que algunas teorías positivistas acabaron por excederse en su intención de contraponer el iusnaturalismo en lo que se refiere al papel desarrollado por la moral en el concepto de derecho. De entre las lecciones aprendidas por la humanidad en el período de hegemonía de la teoría positivista, una de las más importantes es la dificultad de mantener un concepto de derecho totalmente desvinculado de valores morales o de una pretensión de corrección. Es decir, de concebir un derecho sin rumbo o sujeto a cualquier rumbo. El valor implícito de la igualdad formal, de la seguridad jurídica y de la certeza del derecho – elementos indispensables para la construcción de una ciencia del derecho– ya no cuentan con la unanimidad que gozaban en el principio del siglo XX.¹¹⁶ Debido a la necesidad de establecer límites a los ordenamientos e, incluso, a las decisiones políticas, comienzan a surgir en los ordenamientos enunciados normativos distintos de los encontrados hasta entonces, con una serie de normas jurídicas que remiten claramente a conceptos jurídicos para cuya atribución de significación exige que se recurra a la filosofía del derecho, más apta para desarrollar términos “morales” como *dignidad, libertad, igualdad, etc.*

Así, aunque se pueda optar por un concepto de derecho totalmente independiente de contenidos morales –el de total separación entre derecho y moral–

el reenvío operado por el Derecho quedaría como letra muerta.” (in ‘Un constitucionalismo ambiguo’, A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición CARBONEL, Miguel. Madrid: Trotta, 2ª edición, 2005.p. 202).

¹¹⁶ Por esto la crítica de Santiago SASTRE ARIZA para quien: “(...) el positivismo mantiene que el Derecho está vinculado a la moral aunque, eso sí, a cualquier moral. Dicho de otro modo: el positivismo jurídico defiende lo que Eusebio Fernández, siguiendo a Aranguren, denomina moral como estructura, es decir, que cualquier Derecho ofrece un punto de vista sobre la justicia, pero otra cosa es declarar que ese punto de vista es el correcto, lo que supone utilizar la moral ya no como estructura sino como contenido, pues se entra a valorar el mismo. Por tanto, el positivismo jurídico sostiene que no existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta.” (SASTRE ARIZA, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw Hill, 1999. p. 244)

compete al jurista contemporáneo la tarea de gestionar conceptos con correspondencia en la moral como posibles integrantes de los ordenamientos jurídicos. Ocurre así porque tales conceptos vienen positivados en los ordenamientos contemporáneos o –tal como concebía HART– reconocidos en la regla de reconocimiento.¹¹⁷

Sin embargo, creemos que no ser necesario afirmar que los criterios *morales* que integran los sistemas de derecho actuales representen un retorno a una concepción iusnaturalista de condicionamiento del derecho a la moral. Para los iusnaturalistas, esos términos exigirían una postura esencialista, donde el contenido jurídico de determinado término debe corresponder con el significado intrínseco (filosófico) del valor implicado. Es lo que se suele llamar de *mejor solución posible*. Aquí se encuentra la principal distinción entre reconocer o incorporar términos con correspondencia en la moral y condicionar el derecho a la moral.

A partir de esa diferenciación, se hace posible establecer una distinción entre la moral que llamaremos universal, – la cual es abierta en cuanto a su interpretación originaria, está limitada solamente por la razón y es propia de la concepción iusnaturalista–, de la *moral* decurrente de normas jurídicas que hacen alusión a conceptos con correspondencia en la moral, llamada moral positivada. Esta moral, como se puede percibir, tiene su interpretación condicionada a los órganos oficiales, pues es integrante del ordenamiento. Está creada o incorporada al ordenamiento, por lo que no será originaria. Si no es originaria, será lógicamente limitada. Así, la moral positivada no será una moral “sobre jurídica” como la concebida por el iusnaturalismo y tampoco una moral externa al derecho.¹¹⁸ Por el contrario, será una *moral* inserta en el ordenamiento, porque ingresa no en razón de una disposición ajena al ordenamiento, sino a través de un mecanismo previsto en la regla de reconocimiento, teniendo su significación construida por la convergencia de los operadores, los cuales le pueden atribuir una significación incluso distinta de lo que el término goza fuera del ordenamiento.

¹¹⁷ Como mejor sintetiza DORADO: (...) Hart no niega la posibilidad de hablar de forma racional sobre la justicia o injusticia de las normas jurídicas, pero ello no debilita la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, sino que, según él, incluso la fortalece, ya que ésta puede servir incluso mejor que la tesis de la vinculación – defendida por el iusnaturalismo ontológico – para luchar contra la legitimación acrítica de los sistemas injustos. (DORADO PORRAS, J. , *Iusnaturalismo....cit.*, p. 108)

¹¹⁸ Sobre el asunto esclarece DORADO PORRAS que el positivismo no deja de reconocer la moral, sólo no la admite como condición de validez del derecho, *verbis*: “Esto no significa que no existan puntos de conexión entre Derecho y la moral, sino simplemente la validez del Derecho es independiente de su justicia o moralidad.” (*Iusnaturalismo.... cit.* p. 61).

Así, esos contenidos “morales” incorporados adquieren un sentido semántico a partir de la forma en la que son reconocidos y aplicados, lo que no significa que sean idénticos a su esencia filosófica. Se trata de una postura semántica convencionalista o constructivista, al revés de la esencialista o descriptivista que caracteriza el iusnaturalismo.¹¹⁹ El problema ahora ya no será el de refutar conceptos morales ubicados fuera de los ordenamientos, sino el de atribuirles sentido de acuerdo con el contenido por el que fueron incorporados al sistema jurídico.¹²⁰

Hechos esos necesarios esclarecimientos, se hace más clara la ardua tarea de confrontar el modelo positivista con los relevantes y elogiados argumentos levantados por las teorías antipositivistas en el sentido de conectar necesariamente el concepto de derecho a criterios de justicia o morales. En ese sentido, se debe determinar hasta qué punto esta conexión necesaria es coherente con la práctica jurídica actual o, como apunta ESCUDERO ALDAY, si se presenta “otro criterio que permita distinguir entre decisiones jurídicamente correctas y decisiones arbitrarias.”¹²¹ Por otro lado, ¿serían los postulados antipositivistas efectivamente contrarios a la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral?

¹¹⁹ Como observa Luis Prieto, “...no es que los principios encarnen necesariamente unos valores morales correctos, sino que su juego en el proceso interpretativo hace nacer en la argumentación jurídica una argumentación moral, es decir, una exigencia de fundamentación racional de la decisión más allá del esquema simple y «mecánico» de las reglas.” (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*, op. cit. p. 148)

¹²⁰ Es en relación a la posibilidad de que el derecho incorpore contenidos morales como se hace una importante división en la doctrina iuspositivista, la cual es imprescindible a su correcta comprensión, principalmente de su evolución. Si por un lado tenemos un positivismo ideológico, el cual defiende que “el derecho siempre tiene fuerza moral, incluso si la aplicación de las normas jurídicas parece conducir a un resultado injusto” (NAVARRO, op. cit., p. 139), el cual es de cierta forma incompatible con la presencia de un sistema de derechos fundamentales; por otro lado se presenta una doctrina más moderna del iuspositivismo conceptual, la cual defiende que se pueden incorporar criterios morales de definición de validez jurídica, lo que no significa que será la moral universal la que definirá la validez del derecho. Como observa COLEMAN, *verbis*: “*Suppose that, in every possible legal system, the community’s law completely coincide with what was morally correct. This would show only that law and morality are everywhere coextensive, not that they are cointensional...It is the intensional (conceptual) relationship between law and morality that counts. Even if law and morality coincide, what makes something a moral principle is the fact that it is so in the correct theory of morality; and what makes something law is the fact that it satisfies the conditio of legality in the rule of recognition.*” (COLEMAN, Jules L.. ‘Rules and Social Facts’, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 14 (1991), p. 723.

¹²¹ Según la conclusión de ESCUDERO ALDAY – el texto es extenso pero lo reproducimos por su interés - *verbis*: “Sólo me limitaré a recordar que esta tesis de conexión necesaria entre derecho y moral enfrenta al menos tres dificultades: En primero lugar, es usual señalar que las premisas de un razonamiento práctico son razones para la acción. Entre estas premisas, es preciso distinguir entre razones operativas y razones auxiliares. Las razones operativas son aquellas que (i) permite otorgar relevancia práctica a la conclusión y (ii) no son superfluas en un argumento lógicamente concluyente. Una premisa es superflua en un argumento lógicamente concluyente cuando ella no es condición necesaria, suficiente o contribuyente para la conclusión. Una vez que se despliega el razonamiento justificatorio que sugieren los antipositivistas se advierte que la norma jurídica y las descripciones de ciertos hechos son condiciones necesarias y suficientes para garantizar la conclusión. Es decir, las ‘normas morales’, i.e. estas normas últimas, cuya naturaleza moral está asociada a ciertos rasgos formales, son irrelevantes o superfluas desde el punto de vista de un argumento lógicamente concluyente. La confusión del antipositivista surge de una falta de adecuada distinción entre los elementos conceptuales asociados a los argumentos justificatorios y los aspectos psicológicos inherentes a la aceptación de las normas jurídicas y el proceso

En relación con esta pregunta, es relevante la consideración de la discusión entablada entre Robert ALEXY y Eugenio BULYGIN.¹²² Este último demuestra que la polémica establecida sobre la posibilidad o no del derecho presentar criterios morales viene precedida de una discusión semántica. La primera cuestión, evidentemente, consiste en desmitificar algunas afirmaciones por parte de los críticos del positivismo sobre lo que efectivamente defiende el positivismo, principalmente en relación con esta conexión entre derecho y moral.¹²³

Es hecho indiscutible que los sistemas jurídicos actuales –en su mayoría– presentan normas de estructura interpretativa más complejas, considerablemente distintas del modelo puro de reglas, donde al juez le competía simplemente aplicar sobre el supuesto de hecho la consecuencia prevista por la norma. No obstante, es cada vez más común que encontremos normas de estructura abierta, las cuales permiten que elementos externos ingresen en el modo de convencimiento de los jueces y tribunales, incorporando razones para decidir que pueden huir al control de

de decisión de aplicación de normas. De esta manera, los antipositivistas argumentan que las normas son entidades proposicionales, que sólo pueden ser introducidos en un razonamiento práctico por razones morales. Sin embargo, esto es una confusión entre las razones (i.e. las normas jurídicas) que justifican la conclusión de un argumento y las razones para involucrarse en ese argumento justificatorio (i.e., las razones morales o prudenciales para justificar la aplicación del derecho. En segundo lugar, estas normas últimas no son necesariamente aquellas normas que una moral crítica identificaría como pautas correctas de comportamiento. Hay que recordar que la principal razón para reducir el concepto de justificación a la noción de justificación moral era la exigencia de no admitir como justificadas ciertas decisiones que podrían ser aberrantes desde el punto de vista moral. Sin embargo, esta conexión entre derecho y moral no puede garantizar esta exigencia. Por el contrario, parece comprometer con la conclusión exactamente opuesta. Dado que la justificación jurídica sería sólo un caso especial de justificación moral, entonces cualquier decisión institucional tendría alguna fuerza moral. Por consiguiente, ahora sería necesario distinguir entre las decisiones justificadas según la *moral crítica* y aquilatas decisiones que están justificadas moralmente *simpliciter*. Finalmente, aunque fuese posible dar cuenta de las objeciones señaladas anteriormente, todavía habría que seguir insistiendo en la distinción entre ‘justificación jurídica’ y ‘justificación moral’. Esta distinción es necesaria para distinguir aquellas decisiones judiciales equivocadas por una aplicación deficiente del derecho, e.g. el juez que aplica una norma que se encuentra derogada, de aquellos casos en que los jueces aplican correctamente el derecho. En ambos casos, según la tesis antipositivista, el juez basaría sus decisiones en normas últimas, i.e. ‘de naturaleza moral’. Sin embargo, como muestra el ejemplo, todavía sería necesario usar otro criterio que permita distinguir entre decisiones jurídicamente correctas y decisiones arbitrarias. La noción de justificación jurídica intenta recoger el conjunto de criterios necesarios para dar cuenta de la última objeción que hemos señalado. Por esta razón, es conveniente desde el punto de vista teórico y adecuado con la práctica que se intenta reconstruir, distinguir entre justificación jurídica (cambio página) y justificación moral. Un positivista rechaza una conexión conceptual entre ambas justificaciones, y es posible sostener que una de las principales funciones del razonamiento jurídico es determinar cuando las acciones institucionales, como las decisiones judiciales, están *legalmente justificadas*.” (ESCUADERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid:Thompson Civitas, 2004.p. 159-161).

¹²² Sobre la discusión vide el libro, *La pretensión de corrección del derecho: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, (trad. Paula Gaido), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª ed. 2005.

¹²³ En este sentido el esclarecimiento de Luis Prieto, *verbis*: “Nadie sostiene, en primer lugar, que el único esquema posible de norma jurídica sea aquel donde se conecta un supuesto de hecho a una consecuencia o resultado mediante nexo deóntico. Nadie sostiene el monopolio de la ley como fuente del Derecho, sino que más bien se reconoce su profunda crisis. Nadie sostiene tampoco la concepción mecanicista de la interpretación. Y, en fin, resultaría aún mucho más sorprendente que un positivista tratara hoy de identificar la ley con la justicia.” (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*, cit., p. 150).

una previsión legislativa previa. Será la convergencia entre los jueces lo que establecerá el sentido jurídico a esos términos abiertos, estableciendo criterios materiales y formales para su aplicación. Sin embargo, incluso nuevos criterios de validez pueden ser incorporados por la práctica, demostrando el surgimiento de una nueva visión de derecho, que no se puede reducir a la ley. Tal fenómeno es explicado por HART cuando establece la posibilidad de que la regla de reconocimiento incorpore nuevos criterios, sean ellos formales o materiales. En el caso de los materiales, no hay ningún problema de que sean también morales.¹²⁴ Pues en ese caso, ¿cual será el criterio que determinará esa convergencia alrededor de la incorporación de determinado valor? ¿Sería la moral la responsable por esa convergencia?

Una respuesta iusnaturalista a la cuestión, en el sentido de que los criterios morales deben determinar el contenido del derecho, no nos parece la más acertada. Así ocurre, pues mismo si consideramos solamente un valor X –y no todo el derecho natural– aún permanece en la concepción iusnaturalista la necesidad del reconocimiento de la *única solución correcta*. Si solamente es adecuada y, en consecuencia, válida una única solución, el sistema estaría siempre condicionado por la crítica –y por el problema de imposición de la decisión– de que la decisión de la autoridad no sería la más conveniente a la moral y a la justicia. Así, siempre existirá una razón para no acatarla. Si la moral no tiene un concepto claro, pero condiciona la validez del derecho dependiendo del punto de vista, habrá siempre una razón para considerar la decisión de la autoridad injusta y por lo tanto, inválida.¹²⁵ En este punto reside el gran problema de la concepción iusnaturalista, la

¹²⁴ Roughly, the Conventionality Thesis is the claim that law is made possible by an interdependent convergence of behaviour and attitude: what we might think of as an ‘agreement’ among individuals expressed in a social or conventional rule. For Hart, this is the rule of recognition.” (COLEMAN, Jules. “Incorporationism, Conventionalism and the practical difference thesis”. *Hart’s Postscript: essays on the Postscript to The Concept of Law*, edited by Jules Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001 p. 101)

¹²⁵ A respecto de la diferencia entre moral natural y principios positivistas es importante la distinción que hace R. GEORGE, a partir de la posición iusnaturalista sobre la única solución correcta: “Moral principles – whether the most basic and general principle prior to its specification, or those specifications which are intermediate between the most basic principle and fully specific moral norms, or the fully specific norms themselves – are intelligible as principles of action and relevant to practical thinking only because, at the most basic level of practical reflection, rational human beings are capable of grasping a multiplicity of intelligible ends or purposes that provide reasons for action. Paradigmatically, moral principles govern choices by providing conclusive second-order reasons to choose one rather than another, or some rather than other, possibilities in cases in which one has competing first-order reasons, i.e., where competing possibilities each offer some true human benefit and, thus, hold some genuine rational appeal. Paradigmatically, moral norms exclude the choosing of those possibilities which, though rationally grounded, fall short of all that reason requires.” (GEORGE, Robert. P., “Natural law and positive law”, *The autonomy of law: Essays on legal positivism*, edited by Robert P. Gerge, Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 323)

defensa de la *única solución correcta*. Toda la solución parcialmente justa será también parcialmente válida y parcialmente nula. Además, no habrá jamás la definición de un grado aceptable de justicia o injusticia que condicione la validez de una decisión, pues ese análisis puede cambiar dependiendo del punto de vista.

En razón de eso, es esencial la contribución positivista en el sentido de establecer un criterio de juridicidad, así como de los motivos por los cuales esa definición no puede estar condicionada a criterios morales. No es posible condicionar el derecho a la justicia o a la moral porque esos criterios no admiten otra solución que no sea la *única solución correcta*. Por esa razón, entendemos que la solución del reconocimiento de una “moral” basada en criterios de convergencia es mucho más adecuada a la explicación de criterios con correspondencia en la moral encontrados en los ordenamientos actuales.¹²⁶ Es en base a esa asociación de los conceptos con correspondencia en la moral con criterios de autoridad y reconocimiento que nos parece posible que el positivismo jurídico continúe sosteniendo la tesis de la no conexión necesaria, aunque delante de ordenamientos que hagan expresa previsión a valores y principios.¹²⁷

¹²⁶ Sobre esto explica Luis Prieto, haciendo una síntesis de la diferencia entre “moral” convencional, incorporada y su diferencia de la moral iusnaturalista y demostrando que, aunque puedan coincidir, no se las puede confundir, *verbis*: “La conclusión no deja de ser desconcertante: si hacemos caso a Dworkin o Alexy, resulta que las leyes muy injustas no son Derecho; pero si atendemos a estos otros autores, que comparten sus mismas premisas, resulta que las leyes que juzgamos injustas en conciencia generan, sin embargo, un deber moral de obediencia. Por eso, coincido aquí con las palabras de Laporta: «si la identificación del derecho válido se ha de llevar a cabo a través de la idea de “autoridad” y se colorea la naturaleza de esa autoridad con tintes inequívocamente morales, entonces dicha autoridad se presenta emitiendo decisiones y normas cuyo contenido queda excluido de toda argumentación moral: es decir, se trata de una autoridad cuya mera existencia trata de establecer una restricción *a priori* a la discusión racional del contenido de las normas o supone que tal restricción es necesaria para la existencia misma del derecho» (F. Laporta, 1993, p. 120). Con lo cual, la famosa conexión con la moralidad sería parcial y formal: lo primero porque se circunscribiría a los criterios de reconocimiento, y lo segundo porque éstos se remiten principalmente al concepto de autoridad, en nuestro caso, de autoridad democrática. La moral estaría presente en el derecho pero, a diferencia del viejo iusnaturalismo, rehusaría el enjuiciamiento del contenido de las normas; sería una moral puramente procedimental. (*vid.* J. Habermas, 1987, p. 168). En este aspecto escribe Zagrebelsky, que «la ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva», si bien «puede deslegitimarse por contradecir a la Constitución» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 239); la moral justificada se agota, pues, en la Constitución porque, más allá, la ley puede tener cualquier contenido. Pero ¿«valer» en qué sentido?, ¿en sentido jurídico o también moral?, en el sentido de «perteneciente al sistema» o en el sentido de «moralmente obligatoria»? Si es lo primero no hay nada que objetar, pero si es también lo segundo, la proposición resulta mucho más discutible: que el juez no esté llamado a escrutar la moralidad de las normas que aplica y que se conforme con examinar su constitucionalidad no impide que tal escrutinio se realice por un observador algo más externo, por ejemplo, por cualquier ciudadano, quien acaso puede rehusar su cumplimiento como deber moral. Un motivo más para mantener separadas la moral legalizada de la moral crítica o racional (subjetiva si se quiere, pero a la postre la única válida para cada sujeto), o sea, para mantener el tipo de aproximación que propugna el positivismo metodológico.” (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*, p. 153)

¹²⁷ “El «principalismo» de las Constituciones modernas trae a primer plano el criterio estático y aquí la actitud «crítica» cobra todo su valor, pues afirmar que cierta norma o decisión vulnera, por ejemplo, el principio jurídico de igualdad no difiere sustancialmente de afirmar que vulnera el principio moral de igualdad. Cabe decir, en palabras de Gianformaggio, que «el nexo dinámico entre las normas, es decir, la apelación al poder, tan sólo puede *informar* de la validez de una

En razón de eso, hasta ahora parece posible sostener la tesis de la separación, incluso delante de criterios materiales con correspondencia en la moral. Sobre tales criterios, se debe tener bien claro que: a) para que sean considerados, derechos deben ser incorporados a partir de las fuentes del derecho: por la positivación o por la práctica jurídica y; b) que el sentido que adquieren cuando incorporados no será necesariamente el sentido que poseen fuera del ordenamiento. Hasta este punto la presencia de normas materiales con correspondencia en criterios morales todavía es compatible con el positivismo jurídico.¹²⁸

1.2.3 El positivismo jurídico contemporáneo

Como tratado en las epígrafes precedentes, gran parte de las críticas hechas al positivismo están relacionadas con su pretensión de explicar el derecho a partir de si mismo, produciendo una teoría “unidimensional del derecho”¹²⁹, desconectada de cualquier relación con la política o con la moral. La desconexión del derecho en relación con la política se basa en la consideración de que en un sistema jurídico – aunque gran parte sus normas provenga del poder político– el poder solamente encuentra su legitimación en el propio derecho. De esa forma, el derecho no estaría condicionado por la política, ya que le es anterior. La “norma fundamental”, “norma suprema” o la “regla de reconocimiento” ubicaría el derecho en un plano superior a la política, desvinculándolo del hecho político que produce sus normas. En lo que se

norma; mientras que el nexo de tipo estático, es decir, el recurso a la razón, está en condiciones de *justificarla*» (L. Gianformaggio, 1991, p. 470). Y justificar significa aquí desarrollar una argumentación donde el principio constitucional actúa *como si* fuese un principio moral, sin ser necesariamente un principio moral «bueno» y, desde luego, sin poner fin al debate sobre la justicia a propósito tanto del principio como de la norma enjuiciada.” (Luis Prieto, *El constitucionalismo de principios*. op. cit. p. 152)

¹²⁸ Conviene dejar bien claro que el contenido del término estará sujeto a lo que sea determinado por los tribunales, que puede ser muy diverso de su esencia o concepción filosófica.

¹²⁹ La expresión es de Luis Fernando BARZOTTO, de lo cual también parte la crítica que resume una postura contemporánea de las críticas que sufre el positivismo. Según él se puede decir que una de las razones del fracaso del proyecto positivista tratado en este trabajo fue la tentativa de proponer un concepto unidimensional del derecho, intentando reducirlo a la esfera normativa. Ya se ha tomado un patrimonio del pensamiento jurídico universal la idea de que el derecho es un fenómeno tan complejo que envuelve no sólo normas, sino hechos y valores y, por ende, no solamente la validez, sino también la justicia y la eficacia “concurren a la formación de la noción de derecho” y “quien desea comprender la experiencia jurídica en sus varios aspectos debe tener en cuenta que esa es aquella parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia a realizar, instituciones normativas para realizarlos, acciones y reacciones de los hombres en relación de aquellos ideales y a estas instituciones. La intrusión de elementos fácticos y valorativos en las construcciones positivistas muestra, a *contrario sensu*, la verdad de esta tesis. (BARZOTTO, L.F., cit., p. 146-147).

refiere a la moral, la tesis de la separación y el monismo –bases del positivismo– niegan que el derecho esté condicionado por un criterio metafísico de validez fundado en principios morales.¹³⁰

Si posición de independencia del derecho es una unanimidad en las teorías positivistas, lo mismo no se puede decir del papel ejercido, tanto por la política, como por la moral en la definición de los contenidos de las normas jurídicas. Si por un lado un positivismo más clásico se esforzaba en identificar la política como fuente suprema del derecho, por otro, a partir de una concepción del derecho como hecho social, la práctica jurídica asume una posición relevante como fuente, encendiendo otra vez el protagonismo de las discusiones morales. A partir de HART, gana relevancia el estudio de casos donde los tribunales se valen de criterios morales para decidir sobre la validez de una norma, estableciendo, por ejemplo, un principio moral como condición de validez del derecho. A partir del reconocimiento de esos principios y valores cada vez más presentes en los ordenamientos, se hace perceptible en las teorías positivistas más modernas una clara división entre aquellos que admiten la incorporación de criterios morales en el derecho y aquellos que –sin dejar de tratar el derecho como hecho social– no lo admiten. A los primeros se suele identificar como incluyentes o incorporacionistas, mientras los segundos son conocidos como no incorporativistas o excluyentes.

1.2.3.1 Positivismo excluyente e incluyente

El positivismo excluyente o la teoría no incorporacionista tiene en Joseph RAZ uno de sus principales exponentes. Según esa corriente positivista el fundamento único del derecho es la autoridad, es decir, el hecho de ser proveniente de fuentes autorizadas de producción, no dependiendo de ningún argumento de naturaleza moral. Las normas creadas por la autoridad competente deben ser aceptadas sin que sea necesario recurrir a argumentos morales. De acuerdo con la teoría

¹³⁰ Esta concepción sobre la total separación del derecho en relación a teorías morales se atribuye a algún pensamiento positivista más ideológico donde el culto a la ley todavía era una fuerte característica. Conforme explica ROIG, en estos casos no se cuestionaba la noción de justo o injusto porque se partía del dogma de que “el Poder político –que tiene el monopolio sobre la producción jurídica– tiene el monopolio también sobre la idea de justicia y refleja dicha idea en las normas jurídicas dictadas por él.” (ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos.*, cit. p. 24).

excluyente, los sistemas jurídicos son constituidos de previsiones de competencia y autoridad, las cuales son razones suficientes para que sean obedecidas. Aquellos que están sujetos a la autoridad se pueden beneficiar de sus decisiones solamente si son capaces de establecer su existencia y contenido de una forma que no dependa de otra fuente que no la propia autoridad.

El positivismo excluyente comparte algunas de las teorías realistas, en el sentido de que admite que los jueces puedan considerar los criterios morales presentes en los ordenamientos jurídicos, pero tratándolos como una moral convencional cualquiera. Así, en la presencia de un término con correspondencia en la moral, éste podría tener jurídicamente cualquier significación que se le fuera impuesta por la autoridad, incluso una absolutamente nueva.¹³¹ Por positivismo excluyente entenderemos, entonces, la teoría positivista que sostiene que la moral no posee cualquier participación en la determinación del contenido del derecho.

Por otro lado, en una oposición sutil al positivismo excluyente, se presenta el positivismo incluyente. Esta corriente, aunque no deje de defender la tesis de la separación, presenta una visión un poco distinta en relación con el papel ejercido por la moral en la formación de los conceptos jurídicos que en ella tienen correspondencia. Continúa sosteniendo que la moral no posee un papel necesario en la definición de lo jurídico, pero admite que, a través de un criterio convencional, un determinado sistema jurídico puede establecer un criterio moral como criterio de validez de las normas jurídicas. Mejor dicho, reconoce la relevancia de criterios morales en la atribución de la significación jurídica a normas con correspondencia en la moral. Mientras una posición de separación fuerte o excluyente no admite siquiera una relación contingente, la posición incluyente reconoce alguna influencia ejercida por criterios morales cuando incorporados. En esos casos, la moral podría ejercer un papel contingente, pero nunca a punto de hacer depender la juridicidad de cualquier norma a un argumento moral.¹³²

¹³¹ Sobre el tema, GUASTINI, Ricardo. "Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione", Milano: CEDAM, 2003, p. 35-47.

¹³² Sobre esto explica B. Bix que "*Some times the separability thesis is phrased in terms of there being no 'necessary' or 'conceptual' connection between law and morality. This way of phrasing the view recognizes the obvious point that there is a substantial overlap between law and morality – with much of criminal law, tort law, contract law, and other areas devoted almost entirely to discouraging, morally bad behaviour or encouraging morally good behaviour. This way of phrasing the point also identifies a probable difference between legal positivism and some version of natural law theory: that legal positivism denies that rules or systems of rules must meet some moral test before they qualify as 'legal'.*" (BIX, Brian. *Diccionario of Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2004., p. 198-199.

Así, ambas teorías, incluyente o excluyente, no dejan de ser totalmente positivistas, definiendo el derecho a partir de su fuente social y defendiendo la tesis de la separación. Reafirman un concepto de derecho descriptivo y neutro en relación con los criterios morales. La diferencia estará en la defensa de una posición débil o fuerte sobre la tesis de la separación. Tanto es así, que el positivismo incluyente, por defender la tesis débil, es también conocido por *soft positivism*.

Un importante argumento en favor de la posición incluyente es el de que consigue establecer una relación más próxima a la realidad de la práctica jurídica – que frecuentemente se vale de la filosofía del derecho en la búsqueda de sentido a criterios morales–, así como toma importantes argumentos ideológicos de la doctrina neoconstitucionalista, desilusionada con la despreocupación con el contenido del derecho que orientaba algunas posiciones positivistas del inicio del siglo XX. Además, el reconocimiento de que el sistema jurídico puede reconocer criterios morales neutraliza muchas de las críticas antipositivistas, como las de Ronald DWORKIN (de las cuales trataremos adelante), sin que sea necesario abandonar las tesis positivistas de las fuentes sociales y de la separación.¹³³

Conforme definen J. COLEMAN y B. LEITER, el positivismo incorporacionista tiene por punto de partida la concepción hartiana sobre el derecho. Parte del presupuesto de que las normas jurídicas dependen de los criterios definidos por la regla de reconocimiento. La diferencia está en la posibilidad de la regla de reconocimiento admitir la presencia de criterios morales en la definición de lo jurídico, en caso de que los criterios morales pasen a vincular los propios tribunales,

¹³³ Sobre esto, considera Wilfrid WALUCHOW que el positivismo incluyente se presenta como algo capaz de reactivar muchas de las críticas sufridas por el positivismo jurídico tanto por la parte de DWORKIN, con su derecho (natural o algo moral) como por la parte de RAZ, con su teoría excluyente basada casi que absolutamente en la autoridad, de modo que, aprovechando la idea de John Stuart Mill en *On Liberty*, de que doctrinas opuestas ni siempre tienen que ser verdaderas o falsas, sino que dividen verdades entre ellas, siendo una opinión contraria muchas veces necesaria para sostener una verdad contenida en cada una de ellas. (WALUCHOW, Wilfrid J.. *Inclusive legal positivism*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 3). Veamos que la solución parece no cambiar mucho al adoptar un criterio excluyente o incluyente. No obstante, las críticas disminuyen considerablemente se adoptado la posición incluyente cuando por ejemplo, tomamos como problema la definición del criterio “justicia” incorporado al sistema y que debe ser desarrollado por los operadores. Primero, partimos del presupuesto respecto a la concordancia de que el término “justicia” puede ser considerado un criterio moral, o al menos que encuentra en la moral un término correspondiente. A partir de esto, tenemos que este término tendrá su significado atribuido dentro del sistema jurídico por parte de los operadores del sistema, es decir, del punto de vista interno. Hasta este momento están de acuerdo positivistas excluyentes e incluyentes. La diferencia estará en admitir que la atribución de significado a este término depende de criterios morales y, por consecuencia, que la adecuación a la justicia será un criterio moral capaz de definir la juridicidad de las otras normas. Mientras esto sería perfectamente posible para la posición incluyente, para la posición excluyente sólo lo que interesa es la atribución de un significado al término “justicia”, en nada importando que este término posea un significado moral externo.

o sea, pertenecer al derecho. Así mismo, solamente los criterios morales incorporados a la regla de reconocimiento son vinculantes; no cualquier moral.¹³⁴

Según la posición incorporacionista, son dos las tesis principales y necesarias para el mantenimiento de una concepción positivista sobre el derecho. La primera, la *tesis negativa*, consiste en sostener la separación del derecho de la moral, porque ésta no es *necesariamente* un criterio de validez del derecho. La moral puede estar incorporada al derecho, pero su ausencia no descalifica un sistema como jurídico.¹³⁵ La segunda, llamada *positiva*, consiste en la afirmación de la naturaleza convencional del derecho. La utilización de la argumentación moral para determinar criterios de validez del derecho no es, por lo tanto, incompatible con la teoría positivista, tampoco con sus fuentes convencionales. Al mismo tiempo que permiten la presencia de un criterio moral en la formación de una norma jurídica o incluso en la regla de reconocimiento, las tesis incorporacionistas sostienen que esa presencia no resulta necesaria en la definición de lo jurídico. De acuerdo con el propio COLEMAN, el positivismo incorporacionista está en algún lugar entre el positivismo excluyente de Joseph RAZ¹³⁶ y el interpretativismo de DWORKIN. Esta idea está contenida de forma implícita en HART, en la primera edición de su *El concepto de derecho* y explícitamente en su *post escrito*.¹³⁷

Por ubicarse en una posición intermediaria entre positivismo y antipositivismo, la teoría incorporacionista sufre críticas de ambos los lados. Por parte de los positivistas, es acusada de que la aportación de los contenidos morales e indeterminados –como principios y valores– causa serios daños a la certeza jurídica, la que sería, por sí misma, un valor del derecho. Por otro lado, sufre el ataque de que el positivismo jurídico no puede reinventarse de esa forma, por lo que la presencia de principios y valores en los sistemas jurídicos no sería compatible con una teoría positivista que, necesariamente, debería defender un modelo sencillo de

¹³⁴ De acuerdo con los autores: "Even if moral principles can sometimes be binding on officials, inclusive positivism or incorporationism claims that this fact about moral principles can be explained by the rule of recognition. The legality of moral norms is not a function of their morality, but their validity under a rule of recognition; the rule of recognition in a particular community asserts, in effect, that certain norms are law provided they meet the demands of justice, or that they cannot be law unless they do so, and so on. Incorporationism depends on a rule of recognition incorporating morality into law." COLEMAN, J. y LEITER, B., *Legal positivism*, cit., p. 251.

¹³⁵ COLEMAN, J.L.. "Negative and positive positivism. *Journal of Legal Studies*, 11, 139-164. Reprinted in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London: Duckworth, 1983.

¹³⁶ RAZ, J. "Authority, law and morality." *The monist*. 68, 1985, p. 295-324.

¹³⁷ "In developing incorporationism I have focused almost exclusively on its conceptions of legality and validity and on the role the rule of recognition plays in determining both." (COLEMAN, Jules. "Authority and reason", *The autonomy of law: essays on Legal Positivism*. Robert. P. George (editor), Oxford, Calendon Press, 1996, p. 288)

reglas, la aplicación de las normas por la subsunción y la fuente legislativa como única fuente del derecho.¹³⁸

1.2.3.2 Las críticas de Ronald DWORKIN a la posición incorporacionista

Tanto las críticas antipositivistas como las positivistas antes mencionadas están reunidas en la posición de DWORKIN, uno de los más célebres críticos del positivismo jurídico. DWORKIN presenta en su obra cuatro objeciones principales a un positivismo que acepta la posibilidad de incorporación de contenidos morales a la regla de reconocimiento.

De entre las críticas de DWORKIN, la primera consiste en sostener que una regla de reconocimiento que acepte la incorporación de criterios morales violaría la tesis de la separación, por lo que no podría continuar siendo una tesis positivista. La segunda se refiere a la afirmación de que el positivismo presenta como tesis fundamental de que la noción de jurídico y no jurídico depende necesariamente de la forma de producción de una norma, por lo que no puede depender de su valor sustantivo o de su conformación a un principio moral. La tercera crítica sostiene que, para una teoría positivista, la regla de reconocimiento tendría una función epistémica, la que permitiría que los individuos identificasen fácilmente los mandatos provenientes del derecho, determinando exactamente la conducta pretendida por el derecho. Así, al incorporar principios morales, la regla de reconocimiento adquiriría

¹³⁸ Según la crítica de DWORKIN, por ejemplo, el positivismo es incompatible con los sistemas presentados en los modernos estados democráticos de derecho. Así ocurre porque las constituciones de estos Estados poseen principios morales materiales (sustantivos), donde la operatividad de estos principios dependerá del desarrollo propio de sus contenidos, y no de una decisión que pueda ser políticamente establecida. No se refieren, por lo tanto, a normas de competencia formal. Lo que entiende DWORKIN es que el positivismo establece una concepción de regla de reconocimiento donde sólo las reglas relativas a las condiciones legales de las normas (*legality conditions*) son permitidas, por lo que esta teoría sería inadecuada para explicar los ordenamientos constitucionales materiales contemporáneos. De la parte de los positivistas no incorporacionistas hay críticas en el sentido de que las normas constitucionales materiales y la estructura abierta de las normas consustanciada en los principios serían meros mandatos al legislador, no poseyendo carácter normativo. Si esta solución puede ser aplicada –como lo fue por algún tiempo– para el mantenimiento de una estructura normativa practicada en el siglo XIX, debemos tener en cuenta que en gran parte de los Estados ella no representa la práctica del derecho, es decir, el “ser” del derecho. De esta forma, parece que viene mucho más dirigir los rumbos del derecho que a explicarlo, tarea que se propone el positivismo. En razón de esto, si la teoría incorporacionista rompe con algunos de los dogmas del positivismo clásico, en verdad sólo esta haciendo una descripción más adecuada del “ser” del derecho, ante realidades como las constituciones normativas y el fin de la hegemonía de la ley como fuente suprema del derecho.

una indeterminabilidad que la impediría de cumplir su función epistémica.¹³⁹ Por último, afirma que el positivismo se caracterizaría por su fuente social y el incorporativismo lo imposibilitaría de continuar sosteniendo tal tesis. A esas críticas el positivismo incorporacionista presenta las siguientes justificativas.

1.2.3.2.a La incorporación de la moral

Con relación a la primera crítica al incorporacionismo, se puede decir que es exactamente la posibilidad de incorporación de criterios morales por la regla de reconocimiento lo que destaca la tesis incorporacionista. No obstante, eso se hace siempre con reservas. Al mismo tiempo en que lo reconoce, sostiene el incorporacionismo como primera de sus tesis la tesis *negativa*. Esta, por su vez, consiste simplemente en la reafirmación de la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral.¹⁴⁰ La posibilidad de incorporación de criterios valorativos a la regla de reconocimiento no significa, por lo tanto, la negación de la no conexión necesaria, sino solamente la posibilidad de que, en algunos casos, es posible la incorporación de criterios morales.¹⁴¹ De esta forma, la tesis negativa no prohíbe la incorporación de principios morales por el derecho, pero es fuerte en el sentido de afirmar que la presencia de esos contenidos no es necesaria para la definición del concepto de derecho o de sistema jurídico.

¹³⁹ Las críticas relativas a la función epistémica de la regla de reconocimiento puede ser resumidas así, *verbis*: “A related argument against incorporationism would go something like this: if the law is to be an authority, the rule of recognition must serve an identification and not merely a validation function. The kind of rule of recognition that incorporationism allows is incompatible with serving this kind of identification function.

The rule of recognition must serve an identification function for the following reason: law is an authority only if individuals acting on the basis of it will do better in complying with the demands of right reason than they would do otherwise. For individuals to act on the basis of law’s directives, however, they have to be aware of what law requires of them. That means that the rule of recognition must make the law accessible to them – it must fulfill the epistemic function of identifying what the law is.” (COLEMAN, J. L.; LEITER, Brian. “Legal positivism”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Dennis Patterson, London: Blackwell Publishers, 1996, p. 257)

¹⁴⁰ “The argument fails, however. [...] The separability thesis is not the claim that law and morality are necessarily separated; rather, it is the claim that they are not necessarily connected. The separability thesis allows that law and morality may (as a contingent matter) be connected in a particular political community, for example, ours.” (COLEMAN, Jules. “Authority and reason”, *The autonomy of law: essays on Legal Positivism*. Robert. P. George (editor), Oxford, Calendon Press, 1996 p. 291)

¹⁴¹ En palabras de COLEMAN: “The argument against incorporating morality into law based on the separability thesis is this: legal positivism accepts the separability thesis, yet incorporating morality into law under the rule of recognition undermines the barrier between law and morality that the separability thesis erects” (COLEMAN, Jules. “Authority and reason”, *cit.*, p. 291.)

Conforme entendemos, al admitir la moral como criterio posible de validez – cuando incorporada al sistema por los criterios definidos en la regla de reconocimiento–, la teoría incorporacionista acaba por ofrecer una explicación más actual y coherente sobre el concepto de derecho, principalmente frente a los ordenamientos jurídicos actuales, donde es frecuente la presencia de contenidos abiertos y con correspondencia en la moral. Además, ante una nueva postura de los tribunales en relación con los criterios de pertenencia de las normas al sistema jurídico, la concepción incorporacionista se presenta como una teoría compatible con la creación de criterios de pertenencia distintos de los previstos en la ley, por ejemplo. Con eso, en lugar de intentar cambiar su objeto para no alterar la teoría, hace una relectura de algunos de los dogmas positivistas de forma que describe mejor el *derecho que es*. Permite, así, que el ordenamiento se abra a otras fuentes de producción normativa y no se reduzca exclusivamente la ley, presentando una explicación coherente, en relación con las llamadas constituciones normativas y, sobre todo, también en relación con el papel ejercido por los principios en el derecho contemporáneo.

Por otro lado, la moral admitida por la teoría incorporacionista es una moral restricta y limitada, muy distinta de la concebida por DWORKIN cuando trata de sus principios morales en relación con los jurídicos. La moral positivada existe jurídicamente, porque está incorporada a partir de los criterios previstos en la regla de reconocimiento. Así, si se compara al derecho natural, por ejemplo, es posible verificar que sufre tanto un filtro *cuantitativo*, en el sentido de que solamente los valores incorporados influyen en la juridicidad de las normas, como *cualitativo*, ya que el sentido jurídico de esos valores morales podrá ser distinto del sentido que poseen los términos filosóficos.

1.2.3.1.b La estructura normativa

La justificativa presentada por la tesis de la no conexión necesaria para explicar la estructura normativa presente en los ordenamientos jurídicos actuales, que consagran derechos fundamentales en sus constituciones, acaba por conducirnos a la segunda crítica, la cual se refiere a la estructura adoptada por estas

normas. Según DWORKIN, el positivismo se caracterizaría por exigir del intérprete una actividad automática, mecánica y predeterminada, ya que el único modelo normativo que aceptaría sería el de regla. En las críticas que elabora, es notable su resistencia a la posibilidad de que el positivismo reconozca un modelo normativo que incluya los principios, que se caracterizarían por presentar una estructura y una actuación distinta de las reglas. Tal vez el diagnóstico de la presencia de principios en los sistemas sea la gran contribución de DWORKIN a la ciencia jurídica, lo cual sólo refuerza su autoridad para la crítica al positivismo jurídico. Mientras tanto, parece equivocarse cuando apunta la incompatibilidad del reconocimiento de los principios por el modelo descriptivo positivista.¹⁴²

Utilizamos la expresión *descriptivismo positivista* porque lo que hace débil a la crítica de DWORKIN es el hecho de que atribuye al positivismo un carácter *ideológico*, que incluso los propios positivistas siguen sosteniendo.¹⁴³ Como se ha tratado en el curso de esta investigación, autores como HART, COLEMAN y otros incorporacionistas, no tienen ninguna dificultad en admitir la existencia de un tipo diferente de estructura normativa: los principios. Reconocen, incluso, que los

¹⁴² Tanto que DWORKIN nunca se presenta como iusnaturalista, sino como crítico del positivismo. Y este punto de vista normativo que pasa a cobrar fuerza después de Dworkin será analizado más adelante en epígrafe específico, pues afecta al carácter normativo de la constitución y, por lo tanto, al constitucionalismo. Sin embargo, en lo que se refiere a la presencia de principios en un ordenamiento jurídico y de que estos principios sean incorporados, apuntan J. L. COLEMAN y B. LEITER, que es un problema dado que no sólo de principios se construye un ordenamiento. El positivismo es caracterizado por explicar el derecho como un sistema normativo y si las normas pueden ser divididas tanto en reglas como en principios, no hay problema en que el positivismo en continuar sosteniendo el derecho como sistema normativo, *verbis*: "If a positivist incorporates into law moral principals that are not rules, the positivist must abandon the model of rules. This is not a problem, however, since no positivist – not even Hart – advances this model. Hart's point has always been that law is a rule-governed (that is, a normative) practice, where rule-governed is always intended to be broadly construed so as to include customary practices and other norms (cf. Hart, 1994). Dworkin's objection is based on a narrow and uncharitable reading of Hart. Positivists are prepared to accept that a variety of different kinds of norms can count as law. What they insist on is that legality of those norms be established by a rule of recognition." (COLEMAN, J. L.; LEITER, Brian. "Legal positivism", op. cit. p. 250). Lo que parece haber, al final, es alguna comprensión equivocada del propio Dworkin sobre el positivismo.

¹⁴³ La proposición de Dworkin implica una serie de consecuencias, entre las cuales: a) derecho no es simplemente una cuestión de reglas (incluye también principios morales); b) principios morales son derecho aunque no identificados como tal por la regla de reconocimiento; c) la presencia de principios morales que son derecho en razón de su contenido rompe con la tesis de la separación, d) en vez de ejercitar discrecionalidad los jueces están obligados por los principios. Vemos que, sobre la primera consecuencia, no hay confrontación entre las concepciones de Dworkin y el positivismo incorporacionista, aunque con la observación de que los principios no necesitan ser exactamente morales. Sobre la segunda, si los principios no están justificados por la regla de reconocimiento, no obligan más que moralmente, porque no cuentan con autoridad. Los principios no tienen fundamento en sí mismo, puesto que sólo son derecho y, por lo tanto, obligan, cuando son reconocidos. Además, no se puede olvidar que el derecho, aunque admita la existencia de principios, no sólo está compuesto de ellos, puesto que las reglas y hasta algunos principios no necesitan de conexión moral –aunque puedan tener y mejor cuando lo tienen– por lo que es precipitado afirmar la ruptura de la tesis de separación. Finalmente, aunque con la existencia de principios, los jueces todavía pueden tener campos de discrecionalidad cuando falta una norma. Además, como son solamente los principios incorporados que tienen lugar en el derecho, la utilización de un principio moral no incorporado en un área de penumbra aún puede ser llamada discrecionalidad.

sistemas pueden contener proposiciones morales, cuyo proceso de interpretación cambia considerablemente el protagonismo de los intérpretes en la formación del derecho.¹⁴⁴

La presencia de los principios posibilita el ingreso de contenidos más indeterminados en el derecho, además de aportar, algunas veces, una discusión moral al proceso argumentativo e interpretativo. Tal innovación, sin duda, altera de alguna manera la cuestión relativa a la certeza del derecho. Si comparada a la forma mecánica de interpretación que orientaba un modelo puro de reglas, es cierto que la identificación del derecho es dificultada, principalmente, porque a sus fuentes legislativas se suman otras, lo que confiere una mayor complejidad en las relaciones de validez. A pesar del acierto de todas esas innovaciones generadas por la inclusión de los principios como estructuras normativas, no vemos ningún inconveniente de las teorías positivistas más evolucionadas para aceptar tales modificaciones.

Ocurre así, porque, en primer lugar, esta inestabilidad, que fue generada en el sistema por la dificultad de identificar la conducta prevista por el derecho, también existía en el modelo puro de reglas, aunque menos frecuentemente. En la solución de tal problema, el positivismo solía recurrir a la noción de *discrecionalidad*. La diferencia es que ahora, en casos de ausencia de una solución padrón prevista por la norma, esta discrecionalidad sufrirá la limitación impuesta por los principios. Los principios, aunque regulen de una forma más débil una situación concreta, porque no atribuyen una solución específica al caso; presentan una estructura que permite su aplicación a una gama mucho más amplia de situaciones que las reglas. Posibilitan, así, disminuir las lagunas del sistema.

En lo que se refiere a la indeterminabilidad de sus mandamientos, es posible decir que los principios no dejan de presentar un sentido jurídico propio y definido. Este sentido, sin embargo, no está impuesto *prima facie*, sino que es construido de forma gradual, a partir de los casos concretos de aplicación, hasta que adquieren un grado de convergencia que posibilite la certeza en cuanto a su contenido. La diferencia está en que la construcción de sentido para esos términos deja de ser

¹⁴⁴ Estos principios, hacemos hincapié en esto, no son principios morales tal como los concibe DWORKIN a falta de una mejor explicación, sino que son principios que pueden tener conexión con la moralidad, pero son construidos a través de la convergencia, pudiendo incluso tomar un sentido totalmente diverso de lo que sostendría un sabio o un filósofo.

tarea exclusiva del legislador, que podrá dividir protagonismo con los jueces, sin que eso afecte a la concepción positivista de derecho.

Es interesante repetir que, de acuerdo con la posición incorporacionista, el sentido jurídico adquirido por estos principios en el sistema jurídico, será determinado por criterios de autoridad y convergencia, por lo que no será necesariamente idéntico a su sentido filosófico. O sea, es una cuestión de *acuerdo semántico* determinado por autoridad y convergencia, y no necesariamente por el mejor argumento. Luego es totalmente distinto de una concepción que considera la moral como integrante del derecho, la cual sostiene que se trata de una revelación de principios ya existentes en la moral. Para el positivismo no importa la esencia de esos principios, sino el sentido que adquieren en el momento de su incorporación.¹⁴⁵

En cuanto a esa incorporación, también resulta importante el hecho de que ese sentido jurídico no pueda ser absolutamente el opuesto al sentido esencial del término, y aquí se halla la gran diferencia entre el positivismo inclusivo y exclusivo. Aunque el contenido moral pueda ser alterado de alguna manera, debe ser considerada la naturaleza del derecho como ciencia del lenguaje. En resumen, es posible discutir sobre el hecho de que determinada situación pueda venir a violar la dignidad en el sentido ético, pero puede que no esté violando el sentido jurídico de dignidad. Incluso, el valor jurídico dignidad no puede ser interpretado jurídicamente como indignidad. Según explica Coleman, en primer lugar, es un error confundir la razón correcta con la moralidad, pues la razón correcta es algo esencialmente humano y subjetivo, por lo que puede cambiar de acuerdo con la forma de tomar contacto con la materia o con los intereses implicados. En este caso, las razones correctas podrían ser aquellas que vengan a aprovechar a los intereses de una parte, por ejemplo, lo que suele ocurrir en un sin número de casos donde las partes

¹⁴⁵ Aquí se encuentra un punto central de diferencia entre el positivismo incorporacionista y el iusnaturalismo, demostrando que para el positivismo incorporacionista la única tesis que cae es la de la separación necesaria entre derecho y moral. Para el iusnaturalismo, teoría que sostiene la conexión necesaria entre el derecho y la moral, por ejemplo, impera la siguiente lógica: la autoridad del derecho depende de su conexión con la razón correcta (right reason), o sea, la moralidad. Si el derecho se desconecta de la moralidad pierde su autoridad. La conexión entre derecho y moral es, así, necesaria. Para el positivismo, la conexión entre el derecho y la moral sólo será relevante en el campo jurídico si algún valor moral estuviera incorporado a la regla de reconocimiento, no ocurriendo una conexión entre el derecho y cualquier valor moral – sino sólo con la moral positivada. Las diferencias entre positivismo incorporacionista e iusnaturalismo van todavía más lejos: incluso en los casos en que hay la incorporación de criterios de valor en la regla de reconocimiento, la lógica seguida es diferente. El criterio de valor es concebido en el positivismo incorporacionista como derivado de la producción humana, debiendo ser desarrollado conforme a los criterios de autoridad y racionalidad. No se adopta necesariamente, en este caso, la “única solución correcta” como defiende el iusnaturalismo, sino que el desarrollo de esta moral se realiza de acuerdo con criterios de convergencia (los mismos que lo incorporan).

piensan que tienen razón. En segundo lugar, aunque se pudiese confundir la moralidad con la razón correcta, esta conexión todavía se presenta insuficiente para definir la autoridad del derecho, como ya se ha comprobado con el fracaso del iusnaturalismo ante la falta de una fuerza coercitiva del derecho.¹⁴⁶ La autoridad del derecho dependerá, por lo tanto, de la eficacia de sus contenidos.¹⁴⁷ En resumen:

*The separability thesis is saved because what makes even moral principles binding law is that they are recognized as such under a rule of recognition, not their truth. The rule of recognition is saved just because the legality of all norms – including moral principles – depends on establishing that they satisfy the demands set forth in the rule of recognition.*¹⁴⁸

Así, al final, la presencia de criterios más o menos indefinidos no interfieren en la coherencia del sistema, donde lo que vale es la recepción por la regla de reconocimiento. Aunque no sea éste el modo que algunos teóricos conciben como *debe ser* la estructura de las normas o su contenido, lo que importará es que éste proviene exclusivamente de la actividad de los operadores y, en consecuencia, de criterios de competencia y autoridad, los cuales permiten que se atribuyan significados semánticos propios a términos indeterminados.¹⁴⁹

¹⁴⁶ COLEMAN, Jules. "Authority and reason", *The autonomy of law: essays on Legal Positivism*. Robert. P. George (editor), Oxford, Calendon Press, 1996, p. 309-310.

¹⁴⁷ En este sentido las siguientes observaciones de COLEMAN, verbis: "Law's authority is a matter of its utility as efficacy, not human welfare." ("Authority and reason", cit., p. 310). "Natural law claims that moral principals are part of the law in virtue of their truth as moral principles. I have always claimed that moral principles can be part of the law if they are incorporated into law by the rule of recognition. Now, I appear to be suggesting that some moral principles or ideals – autonomy and equality – are part of the law independent of their being so incorporated by the rule of recognition. Notice two things, however. First, whereas the natural lawyer holds that such principles are valid law, my claim is that the very different one that if law is to be authoritative, it must implement or show adequate respect for such principles. Authonomy and equality are required if law is to be authoritative. They are not required by the concept of legality itself." ("Authority and reason", cit., p. 314).

¹⁴⁸ COLEMAN, J., LEITER, B., "Legal positivism", cit., p. 250.

¹⁴⁹ Así que coincidimos, solamente en parte, con la observación de ESCUDERO ALDAY cuando afirma que "El positivismo incorporacionista sostiene, entonces, que la moral puede determinar tanto la existencia como el contenido del Derecho. La existencia porque cabe perfectamente que se configure como regla de reconocimiento del sistema una práctica social de jueces y operadores jurídicos de reconocer como válidas – y, en consecuencia, de aplicar – las normas que satisfacen ciertos criterios o principios morales; el contenido, porque la presencia de criterios materiales – y, por ende, morales de validez en un sistema jurídico cualquiera hace que el contenido de sus normas jurídicas haya de ajustarse a lo dispuesto en tales principios morales." (ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid:Thompson Civitas, 2004, p. 106-107). En parte, porque se podría admitir que la moral puede inspirar la decisión de algunos jueces o que estos intenten aproximarse lo más posible al sentido moral de determinado bien. Sin embargo, lo que va a determinar su pertenencia es la convergencia en el sentido de que los jueces utilizan para desarrollar estos conceptos (indeterminables o, a lo menos, controvertidos, por esencia). Es esto, y no el valor, la verdad, del bien, lo que determinará la juridicidad y por esto la impertinencia de las críticas al positivismo incorporacionista.

1.2.3.2.c La función epistémica

La crítica relacionada con la función epistémica de la regla de reconocimiento no es exclusiva de DWORKIN. Es, incluso, compartida por parte de la propia doctrina positivista. Ante esos dos frentes de ataque, la incorporación de contenidos morales por el sistema jurídico acaba contaminado por la indeterminabilidad propia de esos contenidos, por lo que está afectada, en cierto modo, la seguridad sobre la juridicidad o no de una determinada norma, o incluso la identificación de la conducta requerida por ella.¹⁵⁰ Si los contenidos morales pueden ser incorporados por la regla de reconocimiento, la inestabilidad y discutibilidad que les es característica podría contaminar todo el sistema, incluso la regla de reconocimiento, que dejaría de cumplir su función epistémica.¹⁵¹

Como ya tuvimos la oportunidad de tratar, de acuerdo con la posición positivista inclusiva, los contenidos morales no son incorporados necesariamente con su sentido intrínseco, sino que dependen de la convergencia semántica y aceptación de los operadores del sistema. No se trata, por lo tanto, necesariamente de una moralidad ideal, sino de una moralidad positivada. Lo que se suele llamar “moralidad incorporada” es, en verdad, la simple atribución de sentido a un término indeterminado, el que admite una serie de sentidos. Es, por lo tanto, algo muy diferente del desarrollo de un valor moral dentro del sistema jurídico, ya que dependerá de contenidos de autoridad y convergencia para adquirir su sentido jurídico propio. Para eso, la filosofía, así como la ley, ejercen una función *a priori*, que no significa que será reproducida internamente en el sistema jurídico. Como ejemplo podemos citar la concepción de “dignidad de la persona”. Este signo posee

¹⁵⁰ Lo que, en las palabras de COLEMAN y LEITER, fue sintetizado así, verbis: “A related argument against incorporationism would go something like this: if the law is to be an authority, the rule of recognition must serve an identification and not merely a validation function. The kind of rule of recognition that incorporationism allows is incompatible with serving this kind of identification function. The rule of recognition must serve an identification function for the following reason: law is an authority only if individuals acting on the basis of it will do better in complying with the demands of right reason than they would do otherwise. For individuals to act on the basis of law’s directives, however, they have to be aware of what law requires of them. That means that the rule of recognition must make the law accessible to them – it must fulfill the epistemic function of identifying what the law is.” (“Legal positivism”, cit., p. 257).

¹⁵¹ O, como proponen Coleman y Leiter: “Does incorporationism undermine positivism’s commitment to the idea that the rule of recognition ser an epistemic function?” (“Legal positivism”, cit., p. 252). En realidad, la gran crítica que se hace a la función epistémico de la regla de reconocimiento es que la incorporación de contenidos morales, que son por esencia controvertidos, podría afectar a la posibilidad de reconocimiento no sólo del derecho, sino principalmente de los comportamientos determinados por el derecho.

un significado filosófico propio y, podemos decir, universal. Sin embargo, el sentido adquirido en determinado ordenamiento que la prevé como principio dependerá de la interpretación obtenida por los operadores de este mismo sistema jurídico. Esa interpretación puede cambiar de sistema a sistema, porque las autoridades de esos sistemas son diversas y se hallan insertas en contextos diferentes.

Esa variabilidad no afecta a la función epistémica, porque las discusiones entre los posibles sentidos que pueden ser atribuidos a una norma de estructura abierta (*open texture*), encuentran en las normas de competencia criterios adecuados para definir su sentido. La incertidumbre en cuanto a su contenido es, de esa forma, temporal. Permanece solamente hasta que se establezca la convergencia.

Sobre eso sostienen COLEMAN y LEITER que se debe dividir la función epistémica de la regla de reconocimiento en dos funciones: validez e identificación. Sobre la validez, la incorporación de criterios morales mantiene inalterada la posibilidad de identificar una norma como jurídica, así como la de identificar criterios formales o materiales de adecuación de una norma en relación con otra que le sea superior. En ese aspecto, el incorporativismo no altera la función epistémica de la regla de reconocimiento. Lo que hace es solamente convertir el proceso en algo un poco más complejo, pues el juicio de validez pasa a incorporar criterios materiales. En lo que se refiere a la función de identificación, entendemos procedentes, en parte, las críticas realizadas. En este caso, hay una considerable alteración en la posibilidad de identificación de la conducta exigida por la norma por parte de aquel que la desee seguir. Eso ocurre en razón del carácter inexorablemente controvertido que posee cualquier proceso de interpretación, principalmente si se hallan presentes contenidos morales o términos indeterminados. Podríamos considerar, así, que hay efectivamente una pérdida, en algún grado, de la función epistémica. No obstante, esa pérdida se refiere solamente a la identificación de la conducta exigida en el caso de previsión de cualquier contenido indeterminado, algo que no es prerrogativa de los términos morales, pero puede existir también ante una posición excluyente, iusnaturalista e, incluso,—aunque en menor grado—, del positivismo más ortodoxo.¹⁵²

¹⁵² Cf. Coleman y Leiter: "We can distinguish, however, between two different epistemic functions the rule of recognition might be asked to serve: validation and identification. The rule of recognition is the standard in virtue of which officials, specially judges, validate the legality of norms. Legal positivism is committed to the rule of recognition's serving a validation function. Nothing in incorporationism threatens the rule of recognition's ability to serve that function. That a rule of

Aunque se pueda reconocer una disminución de la función epistémica con la incorporación de determinados conceptos abiertos y valorativos, y que eso pueda en cierta forma reducir la certeza sobre el contenido del derecho, entendemos que solamente eso no es suficiente para comprometer la teoría incorporacionista. Como ya se ha afirmado, la incertidumbre puede estar presente incluso en un sistema puro de reglas, tal como probó HART al formular el célebre ejemplo de la prohibición de vehículos en el parque. Por otro lado, la incertidumbre sobre la conducta requerida por el derecho subsiste solamente en el comienzo, siendo superada gradualmente por la práctica jurídica, la cual va atribuyendo el sentido que el sistema reconoce al término indeterminado. En realidad, no es nada que no ocurriese cuando se hacía uso de la discrecionalidad para sanar lagunas.

Además, debe considerarse que, tanto la seguridad como la certeza, son valores presupuestos, no hechos sociales. Si el positivismo tiene por tarea ofrecer una descripción de cómo actúan los sistemas jurídicos, no pueden cambiar los hechos en nombre del mantenimiento de seguridad y certeza. En lo que se refiere al cumplimiento de la función epistémica, la concepción incorporacionista se muestra perfectamente compatible con el establecimiento de criterios de validez y de identificación del derecho. Si existen problemas en relación con esto último, se trata de un problema *práctico, no conceptual*, por lo que dependerá de los destinatarios de las normas y de su capacidad de comprenderlas y reconocer lo que exigen.

Así, nos parece absolutamente satisfactoria la explicación positivista si consideramos que tiene como objeto un ordenamiento que incorpora modelos normativos abiertos o diferentes de la concepción tradicional de reglas, ya que está considerada la identificación de las conductas como dependiente de la acción de la autoridad de los operadores del sistema.¹⁵³ Si bien es verdad que esa identificación se da de una forma un poco distinta del modelo puro de reglas, también lo es que no deja de proporcionar criterios claros de definición del derecho y de las conductas que este exige. Además, no se puede dejar de ver ventajas en ese modelo, si consideramos la capacidad de las normas abiertas para abarcar un número mucho más amplio de situaciones jurídicas, no dejándolas a la mera discrecionalidad,

recognition may be controversial in its instantiations, however, does not entail that judges disagree about what the rule is. They disagree, perhaps, only about what it requires. In that case, they do not disagree about what the validation standart is, only about what it validates." ("Legal positivism", cit., p. 252).

¹⁵³ La función de determinación es, así, muy semejante a la de coordinación, pero no puede ser confundida con esta.

principalmente si consideramos la dinamicidad de las relaciones sociales y la lentitud del proceso legislativo.¹⁵⁴

Un ejemplo de la posibilidad de identificación de las conductas previstas por los principios está propuesto por COLEMAN y LEITER, cuando suponen una norma que determina que, en una situación específica, se debe actuar “de forma utilitarista”. A pesar de las innumerables formas de actuar que caben en el término “utilitarista”, la norma no deja determinar una conducta que esté dirigida en esta dirección, donde cada uno podrá encontrar razones individuales para actuar de ésta o de aquella manera. Sin embargo, no deja de haber un rumbo final, que permitirá diferenciar un “concepto individual de utilitarismo” de una forma “no utilitarista”.

Es importante destacar también que la previsión de principios en un determinado ordenamiento no significa la extinción de las reglas. Por el contrario, los propios constitucionalistas sostienen la necesidad de obedecer a la ley, que *prima facie* es el mandato, la *determinación* adecuada a ser seguida. Así mismo, esto no impide que en su ausencia una norma abierta pueda determinar una conducta, aunque su forma de cumplimiento pueda ser variada. Por otra parte, en esas normas está priorizado el fin que ha de ser buscado, siendo que, dependiendo del caso, la conducta exigida puede cambiar, permitiendo la elección de la forma más adecuada al cumplimiento de la conducta exigida por la norma.¹⁵⁵

De esa forma, hay que reconocerse que la crítica por parte de algunos iuspositivistas no incorporacionistas es procedente en el sentido de que la conexión del derecho con contenidos abiertos o valorativos causa una cierta indeterminabilidad en la identificación de las conductas exigidas para que actúe conforme el derecho (*what law requires*). Así mismo, esto no es suficiente para que sean afectados criterios de identificación de lo jurídico (*what is the law*). Estos

¹⁵⁴ Sobre esta crítica es interesante referir que lo que siempre ha defendido el positivismo acerca de la descripción de los sistemas jurídicos, sin importarle asuntos ajenos a las normas y a la descripción de los sistemas jurídicos. Así que quedan fuera algunas afirmaciones de los positivistas ideológicos en el sentido de tener la seguridad jurídica como un valor en sí mismo; esta certeza en cuanto al contenido de la decisión parece ser mucho más una característica del derecho en el siglo XIX, la cual fue descrita por el positivismo jurídico, que una característica del propio positivismo. En esta línea, analizando las jurisprudencias de los tribunales de acuerdo con las constituciones materiales y el control cada vez más difuso de la constitucionalidad de las leyes así como la aplicación directa de los principios, parece que una teoría positivista que se niegue a describir o aceptar tal “hecho” esta mucho más para una teoría política que pretende explicar como el derecho “debe ser” que una teoría del derecho que explica como el derecho “es”.

¹⁵⁵ Conforme COLEMAN y LEITER: “The claim to legal authority is based on the thought that the reasons law provides replace the reasons that is based on the thought that the reasons that otherwise apply to us because acting on the former will be enable us more fully to comply with the demands of the latter than we will by acting on the basis of them directly. To extend to wich it is generally true that one will do better acting on the basis of law’s reason than by acting on the basis of the reasons law provides, it is rational for us to accept law as an authority over us.” (“Legal positivism”, cit., p. 255).

criterios no solamente permanecen incólumes, sino que también se actualizan con la práctica judicial.

Debe ser tenido en cuenta que en los ordenamientos actuales, principalmente si son consideradas las constituciones, es frecuente la presencia de normas de contenido abierto, indeterminado y que hacen referencia a valores con correspondencia en la moral. Este cambio normativo viene acompañado de un cambio de actitud por parte de los operadores jurídicos, en gran parte influenciados por la ideología neoconstitucionalista, y que tiene como consecuencia natural la pérdida del protagonismo de la ley en relación con la actividad judicial, lo que viene siendo reafirmado cotidianamente por los tribunales.

En razón de eso, nos parece adecuada la postura del positivismo incorporacionista de afrontar todas estas nuevas cuestiones a partir de una postura descriptivista, como siempre se propuso el positivismo jurídico. Así haciendo, se presenta como una teoría mucho más completa para explicar el derecho que *es*, sin preocuparse con cuestiones ideológicas de sostener un derecho que algunos *querían que fuese*.

1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO Y TEORÍA DEL DERECHO

1.3.1 Concepto de neoconstitucionalismo

Después de haber tratado de las teorías iusnaturalista e iuspositivista, resulta conveniente que nos ocupemos del neoconstitucionalismo para verificar los desafíos que esta propone en relación con las dos teorías del derecho anteriormente tratadas. ¿Constituye el neoconstitucionalismo un movimiento ideológico propio del Estado constitucional de derecho o puede representar una nueva teoría del derecho?

Aunque el término neoconstitucionalismo sea recurrente en esta investigación, hemos dejado para tratar con más cuidado sobre su definición en esta parte, con el fin de concentrar los argumentos que le son pertinentes en ese punto específico. En las páginas siguientes, procuraremos no sólo conceptualizar ese importante fenómeno jurídico a partir de las diversas perspectivas para las que se

propone, sino también, sobre todo, tratar de puntos clave de la teoría del derecho relacionados con el neoconstitucionalismo, tales como la relación entre el derecho y moral, su relación con el iusnaturalismo, hasta nuestro objetivo principal, que es la verificación de su compatibilidad con el positivismo jurídico.

Al tratar del neoconstitucionalismo, el primer punto que se presenta relevante es el de su consideración terminológica. En la doctrina, son muchas las formas que se presentan para determinar este movimiento jurídico surgido a partir del periodo pos-guerra, el que constituye un cambio de paradigma en relación con la práctica jurídica, principalmente en el sentido de establecer una nueva relación entre los poderes estatales y fundamentar la presencia de valores materiales o valorativos en la cumbre de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Inicialmente, es importante destacar que son muchas las variaciones terminológicas que suelen ser encontradas para este mismo fenómeno, tales como la de constitucionalismo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o mismo pos-positivismo. Aún, para hacer la tarea de definición terminológica todavía más difícil, consideramos que además de no haber una univocidad en la denominación, ésta tampoco existe en relación con el sentido que representan esos signos. Mientras el neoconstitucionalismo puede significar un movimiento ideológico nacido en el ámbito jurídico, que propone algunos cambios de actitud en la aplicación de las normas constitucionales y de alteración del papel de los jueces en la formación del derecho; también puede ser encontrado el uso del mismo término para designar una concepción jurídica que se propone como una nueva teoría del derecho, capaz de suceder al positivismo jurídico. Así, con el objetivo de facilitar la exposición del tema, nos ocuparemos en primer lugar, de ese aspecto ideológico y terminológico para enseguida tratar del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, así como de su relación con iusnaturalismo y positivismo jurídico.

1.3.1.1 Definición ideológica

La limitación del poder siempre constituyó el fundamento principal del constitucionalismo moderno. Desde su creación, la noción de constitución como fundamento del Estado tuvo por finalidad servir de instrumento de garantía de la

libertad. La constitución, al mismo tiempo en que crea y atribuye competencia a las instituciones y al poder estatal, se permite; en razón de eso, también limitar tal poder. Ejerce, por lo tanto, por un lado una función de legitimar el poder delegado por su titular: el pueblo soberano; por otro, impide su utilización abusiva¹⁵⁶.

Tal como analizado cuando tratamos del positivismo jurídico en su fase inicial, al menos en Europa continental, el instrumento que se destaca en la tarea de aplicar la constitución, limitar el poder y manifestar la voluntad popular siempre ha sido la ley. A ésta se atribuía, incluso, la posibilidad de limitar, especificar o definir los términos y derechos previstos en la constitución. Este movimiento, denominado *legicentrismo*, representaba perfectamente los ideales modernos de *seguridad* (en el caso, seguridad jurídica) e *igualdad* (al menos ante la ley).¹⁵⁷ En cierto modo, tan grande era la confianza en la ley, que podemos afirmar que uno de los rasgos característicos del constitucionalismo moderno era el de estar condicionado por la ley. Establecía los límites formales de competencia y procedimiento para que la ley pudiese manifestar la voluntad popular. Los límites impuestos al poder eran, de esa manera, formales, mientras los límites materiales eran definidos solamente por la ley.

En relación con esta concepción moderna de constitucionalismo, es posible afirmar que el neoconstitucionalismo presenta los mismos objetivos de garantizar la libertad de los ciudadanos y limitar el poder. Sin embargo, no comparte con la teoría moderna el culto a la ley, ya que considera que éste fue irrecuperablemente afectado ante la manipulación de la voluntad de las mayorías por los regímenes totalitarios característicos de la primera mitad del siglo XX. En razón de la pérdida de la confianza en la ley como instrumento apto para garantizar la libertad y limitar el poder, el neoconstitucionalismo se presenta proponiendo una relectura de la constitución como instrumento normativo limitador de la propia ley, así como que

¹⁵⁶ En este sentido la doctrina de Nicola MATTEUCCI, *verbis*: "L'aspetto originale del costituzionalismo moderno consiste nell'aver mirato a una costituzione scritta, che contenga una serie di norme giuridiche fra loro organicamente collegate, in opposizione alla tradizione medievale, che si esprimeva in <leggi fondamentali>. In tal senso il costituzionalismo non si sottrae a quella legge fondamentale che caratterizza la crescita dello Stato moderno, che è un processo di razionalizzazione di tutti gli aspetti della vita politica e sociale: alla codificazione del diritto privato fa necessario riscontro quella del diritto pubblico, per ubbidire alla stessa esigenza di certezza (e quindi di efficienza) e di pubblicità, in modo che tutti siano posti in condizione di parità." ("Le origini del costituzionalismo moderno", in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da Luigi Firpo, volume quarto, tomo primo, Torino: Editrice Torinese, 1980, p. 560-561).

¹⁵⁷ El legicentrismo deriva de la confianza ciega en la ley como instrumento de razón. La generalidad de la ley y su legitimidad popular impedirían que pudiera lesionar derechos individuales, ya que nadie haría mal a sí mismo. Como la abstracción de la ley no podría beneficiar a una casta o perjudicar a determinado grupo, esta sería siempre orientada por la razón de la "voluntad general", la cual buscaría siempre la mejor solución para todos.

considera la actividad judicial como punto de equilibrio entre razón, valores y la voluntad de las mayorías.

A partir de esta profunda crisis enfrentada por el derecho a partir de la ruina del modelo formalista-liberal; se hace necesario un rescate de los ideales filosóficos como la reafirmación de algunos valores a los cuales el derecho debe servir. Para esa renovación de las bases de fundamento del derecho, será importante lo que algunos autores, como MASSINI, denominan de “renovación del pensamiento iusnaturalista”, el cual propicia al derecho una finalidad, la de alcanzar una verdad, que “no podrá alcanzarse sin un necesario recurso a la experiencia, sensible y espiritual, de las realidades propias y específicamente humanas”¹⁵⁸. Es esa preocupación acerca de una concepción de derecho que traiga algo más que un mero concepto normativo y de producción únicamente legislativa, que determina al derecho una reformulación.¹⁵⁹

El movimiento neoconstitucionalista se presenta, entonces, alrededor de la idea sobre la necesidad de un derecho crítico, garantidor de determinados padrones derechos esenciales y de un sistema jurídico que no sea totalmente neutral en relación con los parámetros de justicia. Esta concepción piensa el derecho, y principalmente la constitución, como núcleo de resistencia social frente al mero poder, como garantía del mantenimiento de determinados valores que no están sujetos a decisiones políticas.¹⁶⁰ Para esta nueva concepción de constitución se hace

¹⁵⁸ MASSINI, Carlos. *La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno*. Madrid: Cuadernos DOXA, n. 21, vol. II, 1998. p. 300.

¹⁵⁹ Conforme la observación de N. BELLOSO MARTÍN, “El Derecho positivo, por sus limitaciones naturales, no puede justificarse a sí mismo. Es un error, aunque a veces común, afirmar que es la coacción la que asegura la obligatoriedad del Derecho. Ni la coacción, acto – empleo de la fuerza, violencia – ni la coactividad, potencia – miedo, amenaza – pueden sustituir satisfactoriamente el sentimiento jurídico. Este simplemente ya no existe cuando la amenaza o la violencia se anuncia. Constituyen, pues, términos excluyentes. Lo que realmente se busca, para fundamentar la norma jurídica, es un valor y nunca un disvalor, un concepto general y no excepcional. La obligación, como deber ser, implica consideraciones axiológicas. Sólo el entendimiento del Derecho como *deber ser para ser justo* contempla y dignifica la condición del hombre. (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”, cit., p. 785).

¹⁶⁰ Sobre la distinción entre el constitucionalismo contemporáneo y el decimonómico es esclarecedora la distinción que hace Paolo COMANDUCCI cuando hace la diferencia entre en constitucionalismo en sentido amplio y constitucionalismo en sentido estricto. Según él: “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una – cualquiera – Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el depotismo.” (“Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2. ed., 2005. p. 77). De esta distinción también resulta posible verificar el carácter ideológico del constitucionalismo contemporáneo, ya que presupone no sólo una constitución, sino una constitución que prevea contenidos mínimos, tales como los derechos fundamentales, acompañado de una actitud de consideración de esta constitución como fuente normativa directa.

necesario, en consecuencia, una nueva adecuación de las actividades de los poderes, principalmente en lo que respecta a la actividad judicial.

En resumen, el neoconstitucionalismo como ideología se presenta como el movimiento jurídico de oposición a la lógica del Estado decimonónico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de actividad judicial como actividad mecánica y autómatas de aplicación de la ley. Lo que parece claro en esta concepción ideológica es su evidente preocupación por la inclusión de valores y contenidos materiales de los cuales el derecho no se puede alejar. Así, visto desde esta perspectiva ideológica, es posible decir que el neoconstitucionalismo es antipositivista, porque entraría en conflicto con la tesis de la separación entre derecho y moral. No obstante, conforme será analizado en seguida, en este momento solamente podemos concordar que bajo esa perspectiva ideológica el neoconstitucionalismo sólo conflictúa con la versión ideológica del positivismo jurídico, ya que las teorías más actuales tienen por objetivo exactamente alejarse de cualquier posición pautada por cualquier ideología.¹⁶¹

1.3.1.2 Definición terminológica

A pesar de la variedad de términos utilizados por la doctrina – constitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo, pos-positivismo o neoconstitucionalismo– es posible afirmar que todos ellos cuentan con el mismo significado y se refieren al mismo objeto, siendo aceptados por la doctrina prácticamente de forma homogénea. Aún así, lo que debe estar claro es que a pesar

¹⁶¹ De ahí la necesidad de separarnos el constitucionalismo como ideología del constitucionalismo como teoría jurídica para los fines que nos proponemos en el presente estudio. Esta diferencia la destaca S. POZZOLO, *verbis*: “<Neoconstitucionalismo> es un término que ha entrado en el léxico de los juristas hace poco tiempo y que, si bien no tiene un significado unívoco, ha logrado una gran aceptación. En las páginas que siguen, el término <neoconstitucionalismo> será empleado para indicar una precisa prospectiva iusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse en la corriente iusfilosófica dedicada a la formación y predisposición de los límites jurídicos al poder político) y antipositivista. El neoconstitucionalismo jurídico tiene como objeto específico el análisis de los modernos ordenamientos constitucionales y democráticos de Occidente.” (POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 188).

de que son sinónimos, se pueden se referir tanto a un movimiento político-jurídico, como a una teoría del derecho que busca sustituir el positivismo jurídico.¹⁶²

En lo que se refiere a la terminología, optamos por la expresión neoconstitucionalismo de entre todas las demás, porque nos parece que la utilización del prefijo “neo” al término “constitucionalismo” llama la atención a las alteraciones del constitucionalismo actual en relación con el constitucionalismo moderno, principalmente en lo que se refiere a la descripción del funcionamiento de los sistemas jurídicos. Además, consideramos la utilización del prefijo “neo” también en otras ciencias, donde tiene por finalidad expresar alteraciones decurrentes de la pos-modernidad. Un ejemplo claro lo tenemos en la economía, donde se ha adoptado el término “neoliberalismo”. Sea en el campo económico, sea en el jurídico, este prefijo refleja la relativización de la seguridad y la homogeneidad característicos de la modernidad en relación con la incertidumbre y el pluralismo que caracterizan la sociedad pos-moderna.¹⁶³

Así que, por neoconstitucionalismo es posible entender esa nueva proposición para el derecho que, más que significar un proyecto de cambio, refleja una alteración de la práctica jurídica originaria de la alteración de la propia sociedad a quien el derecho debe servir. Mucho más que un mero proyecto ideológico, el neoconstitucionalismo es ya un hecho. Conforme destaca Santiago SASTRE ARIZA, parece incontestable que el Estado constitucional de derecho introdujo significativas innovaciones en la forma de concebir el derecho en relación con el modelo constitucional propio del Estado moderno. Las alteraciones experimentadas afectan básicamente la estructura de las normas (debido a la inclusión constitucional

¹⁶² En este sentido, y solamente en este, los términos descritos presentan un otro sinónimo, el *postpositivismo*, de Alberto CASAMIGLIA. El postpositivismo se caracteriza por una técnica hermenéutica diferenciada, apta a conciliar ideales de seguridad jurídica con cuestiones valorativas. No se confunde con el iusnaturalismo porque fundado en parámetros hermenéuticos establecidos, en general con grande participación de una teoría de la argumentación. Según tal concepción, se permite examinar criterios de finalidad de las reglas, posibilitando, así, su no-aplicación. A este punto volveremos cuando tratamos del constitucionalismo como teoría del derecho.

¹⁶³ En el mismo sentido la reflexión de Luís Roberto BARROSO, *verbis*: “Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo. Para *jingles*, e não para sinfonias. O direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era” [...] “Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento do crítico em relação ao fenómeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Tal vez ésta sea una buena explicación para el recurso recurrente a los prefijos *pos* y *neo*: pos-modernidad, post-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo.” (BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º-11-2005).

de los principios y valores), a la teoría de las fuentes (una vez que la constitución opera verdaderamente como una norma jurídica y se instituye un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias) y a la teoría de aplicación de la norma jurídica (ya que el método de subsunción no dice mucho acerca de como deben ser aplicadas las normas constitucionales).¹⁶⁴

El movimiento neoconstitucionalista se propone, así, a una alteración en el “modo tradicional de concebir legislación y jurisdicción”¹⁶⁵, lo que afecta no sólo a la proposición de límites jurídicos materiales como son, por ejemplo, los derechos fundamentales, sino también y principalmente al modo de afrontar estas normas. Como apunta ALFONSO GARCÍA FIGUEROA:

[...] la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también del estilo de pensamiento de juristas y teóricos del Derecho. La constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al <constitucionalismo>. Se ha denominado genéricamente <constitucionalismo> (y más precisamente <neoconstitucionalismo> con el fin de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado un cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas.¹⁶⁶

Así, adoptamos la denominación “neoconstitucionalismo”, porque nos parece ser el término que marca una acentuada diferenciación con el modelo moderno de constitucionalismo, además de destacar la relación con la pos-modernidad y el pluralismo y complejidad que le son propios. Intentamos; sin embargo, hay que señalar que el término neoconstitucionalismo (o cualquier de las denominaciones que se prefiera) también denota dos acepciones distintas. Una primera, que consiste en la definición de una “teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho”.¹⁶⁷ En un segundo sentido, se refiere a “algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología”.¹⁶⁸ Son, por lo tanto, definiciones

¹⁶⁴ SASTRE ARIZA, S. “Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35 (2001), p. 352.

¹⁶⁵ PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. cit., p. 132.

¹⁶⁶ GARCÍA FIGUEROA, A. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”. cit., p. 164.

¹⁶⁷ COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., p. 75.

¹⁶⁸ No es otra la opinión de Luis PRIETO cuando afirma que: “Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que sirven para

complementares, pero sustancialmente diferentes; mientras una actúa en el campo ideológico, la otra se refiere a la teoría del derecho.

1.3.1.3 Características del neoconstitucionalismo

En la doctrina constitucional, se puede decir que no es posible encontrar una uniformidad en la descripción de las características principales, esenciales o contingentes del neoconstitucionalismo. Se presentan versiones más amplias y abarcadoras, mientras otras se muestran mucho más restrictas. Así, delante de la falta de una unanimidad sobre las características principales del neoconstitucionalismo, elegimos el rol propuesto por Ricardo GUASTINI, porque se presenta como completo, englobando varias de las proposiciones que se atribuye al neoconstitucionalismo. Además, la posición adoptada, una posición bipolar, en el sentido de clasificar un sistema como constitucionalizado o no constitucionalizado.

Por el contrario, destaca el carácter progresivo de la constitucionalización de los ordenamientos demostrando que se trata de grados de constitucionalización material, rompiendo un poco con el carácter ideológico y posibilitando un abordaje más analítico.¹⁶⁹ De esta forma, no solamente hace evidente el carácter algo ideológico de algunas posiciones neoconstitucionalistas, sino que también posibilita una comprensión de éste como una alteración de cultura jurídica que, como cualquier cuestión cultural, debe ser un proceso gradual y progresivo. Conforme la

aludir, de forma no siempre muy precisa, a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son cuatro las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Asimismo, por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista; esto es, cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente, del Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica.” (PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 101).

¹⁶⁹ En palabras de GUASTINI: “[...], deseo señalar que el concepto de constitucionalización, como yo lo entiendo, no es un concepto bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio. Más bien sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento. (GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cit., p. 50).

clasificación de R. GUASTINI, el constitucionalismo presupone las siguientes características: a) constitución rígida; b) garantía jurisdiccional de la constitución; c) fuerza vinculante de la constitución, d) la sobre interpretación de la constitución ; e) la aplicación directa de las normas constitucionales ; f) la interpretación de las leyes conforme a la constitución y; g) la influencia de la constitución en las relaciones políticas.¹⁷⁰

1.3.1.3.a Rigidez constitucional

Por rigidez constitucional se entiende, en primer lugar, la existencia de una constitución escrita, o sea, una constitución positivada en un texto propio, ocupando el peldaño más alto del ordenamiento jurídico. Para que esta superioridad jerárquica sea efectiva, existe también la necesidad de protegerla del legislador ordinario. De esta forma, la superioridad de la constitución supone al menos la previsión de *quórum* cualificado o un rito propio para alteración de las normas constitucionales. Solamente así la constitución puede reafirmar su característica de vinculación del poder político, ya que en caso de que fuera posible alterar la constitución de la misma forma que se produce una ley, esa vinculación sería meramente teórica; no efectiva.

En relación con los derechos fundamentales, por ejemplo, no son pocas las constituciones que prevén partes inmutables en sus textos. Estos tópicos determinados, que se conocen como *cláusulas pétreas*, no están sujetos a ningún cambio, ni siquiera en el proceso de revisión constitucional. Constituyen, por lo tanto, núcleos inmutables, ajenos a cualquier disposición política.¹⁷¹

De esa forma, la rigidez constitucional, que presupone una constitución escrita¹⁷², es elemento indispensable para garantizar la supremacía jerárquica de la constitución, así como para proteger sus contenidos materiales. Por el simple hecho

¹⁷⁰ GUASTINI, Ricardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico", cit., p. 50-57.

¹⁷¹ Como ejemplo de tales núcleos inmutables tenemos el § 4º del art. 59 de la Constitución brasileña, el cual excluye cualquier posibilidad de una modificación constitucional que pretenda abolir: a) la forma federativa del Estado; b) el voto directo, secreto, universal y periódico; c) la separación de los Poderes y d) los derechos y garantías individuales.

¹⁷² Ya que las no escritas pueden ser alteradas por el simple cambio de costumbre o por una ley ordinaria.

de que poseen función de imponer límites al legislador, no pueden estar condicionados a la simple voluntad política.¹⁷³

1.3.1.3.b Garantía jurisdiccional de la Constitución

La garantía jurisdiccional de la constitución constituye otra consecuencia lógica de su jerarquía superior. Si el proyecto constitucionalista tiene la pretensión de vincular los demás poderes a los mandamientos constitucionales, de nada serviría la previsión de contenidos materiales o formales si no hay ninguna instancia propia de apreciación de lo que es conforme o contrario a la constitución. En este caso, como todos los poderes están sujetos a la constitución, el órgano responsable de su garantía es, en general, un tribunal no perteneciente a ninguno de los tres poderes clásicos, el Tribunal Constitucional.

Destaca GUASTINI que en las constituciones contemporáneas se observan sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes de diversas formas. Encontramos, por ejemplo, un control *a priori* o *a posteriori*, o sea, antes o después de la promulgación de las leyes, el control concreto (o difuso), hecho por el juez ante un caso concreto y el abstracto (o concentrado), lo cual se hace directamente sobre el texto de la ley. En relación con esto, lo que importa al constitucionalismo es la existencia de un control externo al Poder Legislativo, preferentemente ejercido por un órgano neutral, el Tribunal Constitucional.

Como observa GOMES CANOTILHO, la jurisdicción constitucional constituye un reequilibrio entre los poderes del Estado, en el sentido de que la jurisdicción no acepta jamás su condición de mero aplicador de normas creadas por el poder legislativo, sino que se afirma como un poder igual y no dependiente del legislativo.

¹⁷³ Para otros, como LOPERA MESSA, la rigidez no implica imposibilidad de alteración, sino dificultad, posibilitando, incluso, al legislador alterar la interpretación del Tribunal a través de una alteración de la constitución. Conforme la profesora colombiana: “[...] la rigidez, en el sentido en que es entendida por la mayor parte de la doctrina, esto es, como previsión de cláusulas especiales de reforma, supone dificultad para enmendar la constitución, pero a la vez implica reformabilidad. Desde esta perspectiva, considera Ferreres, la posibilidad de modificación que deja abierta una constitución rígida permite al legislador controlar, por vía de reforma, las interpretaciones del juez constitucional, contribuyendo de este modo a compensar la falta de legitimidad democrática que aqueja al control judicial de la ley.” (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados.*, cit., p. 39).

Asume, así, su función de control de los hechos legislativos¹⁷⁴ y, en consecuencia, de fuente del propio derecho.¹⁷⁵ Luis PRIETO va todavía más lejos, afirmando que el reequilibrio entre los poderes no es suficiente, sino que el indispensable es la adopción de una nueva postura frente a la constitución. La constitución no vincula los jueces a través de la ley, sino que los libera de alguna forma de esa vinculación.¹⁷⁶

¹⁷⁴ La jurisdicción constitucional y, principalmente, la existencia de un Tribunal Constitucional como intérprete último de la constitución contribuye de forma decisiva al argumento positivista en el sentido de la no-conexión entre el derecho y la moral. Si esto es correcto, y al menos se puede decir que es correcto para los constitucionalistas, la decisión última sobre el contenido de una norma constitucional compete al Tribunal Constitucional, aunque una centena de jueces, por ejemplo, haya decidido en sentido diverso. Lo que va importar para la formación de un concepto jurídico, por ejemplo, la dignidad, será la interpretación que le da el Tribunal Constitucional, aunque sea diversa de lo que esperan los filósofos del derecho. Así que, con base en esto, resulta posible sostener la no-conexión necesaria entre derecho y moral. De ahí la advertencia de ESCUDERO ALDAY al afirmar que: “Más peligrosa sería, en cambio, la segunda forma de interpretar tales referencias a principios o valores morales, consistente en entenderlas no como apelaciones a la discrecionalidad del legislador, sino más bien como disposiciones relativas al contenido de las normas jurídicas. Ello exige que esas disposiciones que se refieren a la justicia o a la dignidad como principios a aplicar contengan una formulación de estos principios que sea la más precisa posible. Aun así, el poder que adquiere el órgano competente para juzgar la constitucionalidad de las normas – el comúnmente llamado tribunal constitucional – es enorme e insoportable, puesto que su concepción de la justicia o de la dignidad puede ser ciertamente diferente de la de la mayoría de la población, es decir, del poder legislativo que ha votado la ley. Y si éste fuera el caso, podrían declararse inconstitucionales aquellas leyes que, a los ojos de los miembros del citado tribunal, resultaran contrarias a la justicia o a la dignidad.” (ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del Positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thompson Civitas, 2004. p. 203).

En el mismo sentido se posiciona BONORINO, respecto a la importancia del Tribunal Constitucional: “(...) para Bulygin la tesis que identifica a la jurisprudencia con el conjunto de fallos concordantes es errónea, pues la jurisprudencia como fuente de derecho es el conjunto de normas generales, y de definiciones, creadas por los jueces que llegan a adquirir vigencia en un ordenamiento jurídico determinado. Esto permite explicar por qué una sola decisión de un tribunal superior puede sentar jurisprudencia, mientras que cientos de fallos de órganos inferiores pueden no hacerlo.” (BONORINO, Pablo Raúl. *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*., Dykinson, Madrid, 2003. p. 45-46).

¹⁷⁵ “Son inequívocas las insuficiencias de un sistema iluminísticamente dominado por la idea de un ‘sujeto de la historia’ (Estado, Pueblo, Nación, Partido), que conformaba la sociedad a través de mandatos políticos formalmente plasmados en reglas imperativas. La idea de un derecho fundamentalmente *jurisdictional* – *jurisdiction* – apuntaba ya un aspecto destacado posteriormente por el giro autopoietico: que el derecho no debe ser reducido a un componente subordinado de la regulación política, sino que debe ser concebido como una regulación autónoma que actúa a nivel comunitario de la realización concreta del derecho y del arbitraje de conflictos.” (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Teoría de la constitución*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 57)

¹⁷⁶ “La Constitución kelseniana era sin duda una norma, pero una norma ‘interna’ a la vida del Estado, que regulaba las relaciones entre los poderes supremos y que, en cierto modo, estaba ‘sequestrada’ por éstos, entre ellos el legislador negativo; pero que en modo alguno podía ser aplicada frente a la ley por unos jueces que se definían estrictamente como siervos de la ley. Pero hoy la Constitución es una norma que forma parte (que preside) el orden jurídico en su conjunto y cuya virtualidad no puede divorciarse ni sustantiva ni procedimentalmente del resto del orden jurídico. Si unimos ambas cosas, fuerza normativa irresistible y denso contenido material, las consecuencias son de primera magnitud y no pueden dejar de considerarse a la hora de perfilar la posición de los jueces en relación con la Constitución. Como sabemos, ésta es hoy una norma omnipresente, que no vincula a los jueces a través de la ley, sino con independencia de ella. Por ello, es importante subrayar que cuando se sugiere una limitación de la acción de los jueces o una reformulación de su papel en relación con la Constitución, cuando no sencillamente la eliminación de sus facultades de enjuiciamiento desde parámetros constitucionales, no se está proponiendo sólo un nuevo equilibrio entre los poderes del Estado, que sería lo de menos; lo que se está proponiendo en el fondo es un nuevo (mejor dicho, viejo) concepto de Constitución: aquella Constitución cuya virtualidad se dirimía sólo en la esfera interna de los órganos estatales y cuya proyección sobre los ciudadanos había de contar necesariamente con la mediación legal.” (PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 165-166).

En suma, la existencia de una jurisdicción constitucional presupone la existencia –dentro de un determinado ordenamiento jurídico– de un proceso de control de la constitucionalidad, que no se limita al Poder Legislativo, sino que es externo a éste. Es función de la constitución como norma suprema de un ordenamiento, prever un proceso de autoprotección contra la violación de sus contenidos por parte de los poderes constituidos. La forma de control no es lo más importante; lo esencial es su existencia y efectividad. La existencia del Tribunal Constitucional nos parece una forma más adecuada, pues éste constituye un órgano ajeno a los demás Poderes, incluso al Poder Judicial, que, al final, también está sujeto a la constitución. Sin embargo, la inexistencia de un Tribunal Constitucional en un determinado sistema no significa que sea inexistente la jurisdicción constitucional.

1.3.1.3.c Fuerza vinculante de la Constitución

La fuerza vinculante de la constitución constituye una oposición a los ordenamientos jurídicos que conciben la constitución como un documento de intenciones, siempre a la espera de un legislador benevolente que primero la respete y después, la concrete. Por fuerza vinculante se pueden entender dos concepciones distintas. La primera, relativa al punto anterior, se refiere a la posibilidad de repeler leyes que contraríen de forma no aceptable a las normas constitucionales, sean estas formales o materiales. El segundo sentido, más específico, consiste en la consideración de todos los dispositivos de la constitución como verdaderas normas jurídicas y, por lo tanto, aptas para producir efectos jurídicos.

Este último sentido tiene por objetivo romper con el carácter meramente político, que con frecuencia se solía atribuir a las normas materiales de la constitución, principalmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Como observa GUASTINI, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el medio de la cultura jurídica, de la idea de que toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su contenido normativo– es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de

producir efectos jurídicos.¹⁷⁷ En el mismo sentido se manifiesta Konrad HESSE, para quien la fuerza normativa es una meta a alcanzar, de forma que las normas constitucionales puedan tener la mayor eficacia posible. Pero esto no depende solamente de una actitud de los operadores del derecho, sino también de posibilidades reales.¹⁷⁸

Esta necesidad de adecuación a la realidad –al mismo tiempo en el que exige la construcción de un sentido jurídico a los enunciados normativos que las prevén, y que determinará su fuerza normativa– refleja el problema de aplicación de esas normas que no ofrecen una solución *a priori* y, por eso, deben tener su sentido construido dentro del propio ordenamiento para que puedan ser aplicadas.¹⁷⁹ Se trata de los principios, cuya aplicación todavía es un problema, principalmente cuando se trata del carácter normativo de la constitución. Considerando que las constituciones constituyen la cumbre de los ordenamientos jurídicos, no es posible tutelar un valor como la dignidad, por ejemplo, a través de una serie de reglas exhaustivas que ya traigan una solución fija y determinada, esto es, un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Para realizar tal tarea, las constituciones utilizan enunciados abiertos, de contenido más general y cuyo relleno necesitará no solamente de la actividad legislativa, sino sobre todo de la actuación judicial en la construcción de un sentido jurídico de entre los varios posibles. Como señala ZAGREBELSKY:

¹⁷⁷ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cit., p. 53. Conviene observar que GUASTINI se refiere a la fuerza vinculante como una idea, o sea, demostrando el carácter ideológico del constitucionalismo; lo que, podríamos decir, es punto común en todas las características del constitucionalismo aquí tratadas: un carácter ideológico fuerte proponiendo una determinada actitud a los operadores del derecho.

¹⁷⁸ “A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional” [...] “Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir e maior eficácia possível, proporcionando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.” (HESSE, Konrad. *in A força normativa da Constituição*. [trad. Gilmar Ferreira Mendes] Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 27). En el mismo sentido se posiciona GOMES CANOTILHO, cuando afirma la incorrección de una normatividad excesiva a la constitución, o sea, que no considere la realidad. Apunta que: “Una de las concepciones de constitución más aplaudidas por la moderna iuspublicística – la teoría material de la constitución – pretende conciliar la idea de constitución con dos exigencias fundamentales del estado constitucional democrático: (1) la legitimidad material, lo que apunta a la necesidad de que la ley fundamental incluya los principios materiales informadores del estado y de la sociedad; (2) la apertura constitucional, pues la constitución debe posibilitar la concurrencia y la lucha política de los partidos y de las fuerzas políticas portadoras de proyectos alternativos para la concreción de los fines constitucionales. Aunque no se deba limitar a ser un “instrumento de gobierno” o una simple “ley de estado”, la constitución debe evitar convertirse en ley de la “totalidad social”, “codificando” exageradamente los problemas constitucionales.” (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Teoría de la constitución*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 22-23).

¹⁷⁹ “Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que queríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente.” (ZAGREBELSKY, Gustavo., *El derecho dúctil*., cit., p.16).

[...] hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución, que, por consiguiente, la apelación de la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), son que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en <nociones de contenido variable> y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica – se, comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio.¹⁸⁰

Así que, atribuirle fuerza vinculante a la constitución significa no hacer distinción entre sus normas en razón de la estructura de sus enunciados. Todas las normas constitucionales, aunque presenten estructuras diversas y presupongan por eso diferentes modos de aplicación, no dejan de ser normas jurídicas y, por lo tanto, son aptas para producir efectos jurídicos.

1.3.1.3.d “Sobreinterpretación” de la Constitución

Aunque a primera vista el término “sobre interpretación” cause alguna extrañeza, constituye una de las más importantes características propuestas por el neoconstitucionalismo. Cuando GUASTINI se refiere a la “*sobreinterpretación*” de la constitución, está haciendo alusión a la extensión de la constitución a todos los espacios vacíos del ordenamiento, de forma que toda la materia no reglada por una regla específica, encuentre en la constitución un mínimo de regulación. Según apunta, no hay cuestión de legitimidad constitucional de la que se pueda decir que sea solamente una *political question*, algo puramente político, ajena al conocimiento del juez y de la legitimidad constitucional de las leyes.¹⁸¹

Como ya sostenía HART, todo texto normativo presenta lagunas, las cuales deben ser objeto de interpretación. Estas lagunas, a su vez, pueden estar presentes tanto en el interior de una norma, como consistir en una situación de hecho no prevista por el sistema jurídico. Para estos casos, según el positivismo clásico, el juez debería utilizar de la discrecionalidad para solucionar la cuestión. En los ordenamientos constitucionales que prevén valores –aunque por veces contradictorios– y normas genéricas y abiertas, ningún caso que escape a la

¹⁸⁰ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 148.

¹⁸¹ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cit., p. 55.

previsión de una regla estaría sometida a la simple discrecionalidad. Por el contrario, es deber del juez en estos casos buscar una solución de acuerdo con una norma constitucional o, mejor dicho, que no sea contraria a ninguno de los valores constitucionales. Tal perspectiva es muy similar a la propuesta por DWORKIN, para el cual en todos los casos el juez estaría sujeto a los “principios morales”.¹⁸² Pero conviene no confundir la “sobreinterpretación” con la sujeción a los principios morales, pues el constitucionalismo restringe los parámetros valorativos del sistema a los previstos en la constitución, lo que es algo distinto de la concepción de DWORKIN.

La preocupación constitucionalista es la de no dejar ningún caso sujeto a la regulación por la total discrecionalidad.¹⁸³ Esa posibilidad se da gracias a la estructura normativa de principios y valores presentes en los ordenamientos. Como será visto específicamente en el capítulo tercero, al mismo tiempo en que esas normas tienen reducida su especificidad, ganan mucho en amplitud, lo que posibilita que alcancen las más diversas situaciones. Así, podemos resumir que lo que propone la sobre interpretación es el fin de la discrecionalidad.¹⁸⁴

¹⁸² “Debemos evitar una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica. Casi cualquier situación en la cual una persona actúa (incluyendo aquellas en las que no es cuestión de decidir bajo una autoridad especial y, por ende, no es cuestión de discreción, pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia.” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. p. 85-86). Sobre la polémica con HART acerca del tema de la discrecionalidad o de la presencia de principios morales, DWORKIN hace la siguiente consideración: “El desacuerdo entre Hart y yo se centra en la primera de estas tres tesis; él propone y yo lo niego. El problema es importante, de él depende la idea tradicional de que las normas jurídicas se pueden distinguir, en principio y como grupo, de las normas morales y políticas. Si la primera tesis es correcta, entonces en todo sistema jurídico existe algún criterio del derecho, comúnmente aceptado, que tiene la forma de una regla social, y esto basta para distinguir los principios y normas jurídicas de las morales. Pero si la primera tesis es falsa, entonces no existe tal criterio.” (DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 120).

¹⁸³ Como observa GUASTINI, “[...] en el espacio vacío de Derecho constitucional la discrecionalidad política del legislador está subtraído de cualquier posible control jurisdiccional por la carencia de cualquier parámetro. Por el contrario, si se está inclinado por la interpretación extensiva (y por el argumento *a simili*), la Constitución puede ser interpretada –o, más bien, ‘sobreinterpretada’ – de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresadas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos – esto es, ‘libres’ del – Derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aun minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional.” (GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cit., p. 54).

¹⁸⁴ No obstante, este punto debe ser visto con algún cuidado, puesto que hay una discrecionalidad que permanece, incluso ante de la sobreinterpretación. Tal como ya advertía HART incluso las reglas contienen margen a la discrecionalidad. De esta forma, aunque el juez esté limitado por la constitución para decidir, es el juez (o mejor, los jueces) quienes deciden cuál será el sentido atribuido a determinado principio. Aquí, por lo tanto, se observa otra diferencia con respecto a lo que proponía DWORKIN al relacionar esta ausencia de libertad total con los principios morales. Como apunta Luis PRIETO, “[...] la Constitución no fija con precisión el umbral mínimo de su cumplimiento y, por tanto, el juez carece de una consecuencia jurídica concluyente para aplicar al caso; o éste se deja a la total discrecionalidad legislativa como en general se viene haciendo, pero entonces tales principios no pueden considerarse normas constitucionales, al menos no en el sentido fuerte que aquí hemos expuesto; o es el juez quien establece por sí mismo ese umbral mínimo por debajo

1.3.1.3.e Aplicación directa de las normas constitucionales

La aplicación directa de las normas constitucionales está íntimamente relacionada con la fuerza vinculante de la constitución, siendo posible reproducir aquí todo lo que fue afirmado en aquel punto. En realidad, la constitución tiene fuerza vinculante cuando sus normas son directamente aplicadas, y las normas son directamente aplicadas en razón de la fuerza vinculante de la constitución. Esto es lo que se puede tener como el *dogma del neoconstitucionalismo*, al paso que la aplicación directa sería la consecuencia de la aceptación de la fuerza vinculante.

La aplicabilidad directa de las normas constitucionales constituye un paso adelante en relación con el control de constitucionalidad. A partir de esa cualidad, es posible utilizar la norma constitucional no solamente para orientar y limitar el contenido de las leyes, sino también para fundar pretensiones directamente en una norma constitucional. Considerando la estructura que generalmente presentan algunas normas constitucionales, esta cuestión es frecuentemente objeto de polémica, pues es grande la resistencia a conferir los mismos efectos, por ejemplo, a los principios o a normas de derechos sociales. No obstante, esta posición constitucionalista no significa decir que todos los principios presuponen su concreción inmediata. La eficacia de las normas constitucionales dependerá decisivamente de su “densidad”, o sea, de los elementos que trae en el sentido de indicar una solución. Todavía, lo que va a determinar esa mayor o menor fuerza de aplicación será la actividad judicial, en el sentido de conferir o no plenos efectos a la norma en determinados casos concretos.¹⁸⁵

del cual empieza a operar la garantía, pero entonces es el juez y no la norma constitucional quien lo hace.” (PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.*, cit. p. 127).

¹⁸⁵ De esta forma, en el proceso de concreción de la constitución, cuanto más parámetros proporcione el propio enunciado de la norma constitucional, el poder legislativo y la jurisprudencia, mayor será el avance del proceso de construcción de sentido conforme a la norma. Es, como se puede ver, un proceso progresivo. En este sentido, y principalmente en lo que se refiere a los derechos sociales, advierte J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *verbis*: “No entanto, *aplicabilidade directa* não é equivalente a *exequibilidade imediata* e, por isso, os problemas surgem no que respeita à generalidade dos direitos, liberdades e garantias, desde logo para aqueles direitos cujo *exercício efectivo* está *necessariamente dependente* de uma regulação complementar, de uma organização ou um procedimento – por exemplo, os direitos políticos (como o direito de voto), os direitos processuais (como o direito de acção administrativa), alguns aspectos das liberdades (liberdade de circulação automóvel, liberdade de ensino privado) –, mas também relativamente às *garantias institucionais* (em que há um certo espaço de conformação legislativa) e mesmo a outros tipos de direitos, incluindo as liberdades e os direitos relativos a bens pessoais, quanto a aspectos da sua *proteção perante terceiros* – [...]. Nessas hipóteses, o alcance normativo da aplicabilidade directa não reside na exequibilidade, está na *deverosidade estrita* da intervenção legislativa, que há-de assegurar, nas condições de normalidade de um Estado de Direito, a existência da legislação e a

De esa forma, la aplicabilidad directa consiste en un argumento ideológico del neoconstitucionalismo, lo cual propone un cambio de postura por parte de los jueces. Según ha sido propuesto por el neoconstitucionalismo, se deben aplicar directamente las normas constitucionales, sacando de ellas todos los efectos jurídicos posibles, los cuales el juzgador considere adecuados. Ante esa nueva postura, muchos de los derechos previstos en una constitución adquieren una nueva dimensión. Como asigna VIEIRA DE ANDRADE, ya no es posible sostener que los derechos fundamentales solamente tengan aplicación en razón de la ley, sino que poseen validez en sí mismos. La ley les puede facilitar la aplicación, pero no es indispensable para ésta.¹⁸⁶

Como ya tuvimos la oportunidad de señalar cuando tratamos de la fuerza normativa, la aplicabilidad directa constituye una proposición ideológica contraria a la consideración de las normas constitucionales como objetivos políticos siempre a la espera de una concesión del legislador, cuándo y cómo éste entienda conveniente. Consiste, por lo tanto, en una reacción del sistema jurídico ante la inercia injustificada del legislador.

1.3.1.3.f Interpretación conforme la ley

Por interpretación conforme la ley tenemos la reunión de dos puntos delicados, que pueden ser considerados opuestos, pero que son complementarios, pues revelan la complejidad de la interpretación constitucional en la búsqueda por una conciliación entre límites materiales impuestos por los derechos y respecto a las decisiones democráticas.

En primer lugar, es punto de extrema importancia para la teoría neoconstitucionalista la defensa de una interpretación conforme la constitución; algo

produção das demais actuações necessárias ao exercício dos direitos.” (in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2004, 3ª ed. p. 210.

¹⁸⁶ En el original, “Já não é possível sustentar que os direitos fundamentais só tem real existência jurídica por força da lei (em virtude de uma transposição legal), ou que valem apenas com o conteúdo que por estas lhe é dado (por interpretação autêntica ou por delegação constitucional), porque a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador, de modo que uma lei só terá valor jurídico se estiver conforme com a norma constitucional que consagra um direito.” (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 206).

un poco más sofisticado que el simple control de la constitucionalidad. Por interpretación conforme a la constitución tenemos la posibilidad de que el Tribunal Constitucional atribuya una interpretación obligatoria a determinada ley, de modo que se evite que sea considerada inconstitucional.

Otra cuestión, completamente distinta, es la relativa a la interpretación conforme a la ley. De acuerdo con la doctrina neoconstitucionalista, los jueces ya no ejercen una función automática, aplicando la ley de forma mecánica. Considerando el alcance de los principios y valores o las zonas de indeterminación que pueden poseer las normas constitucionales, tenemos como consecuencia una cantidad casi sin fin de interpretaciones posibles para un caso concreto. Incluso las reglas, que presenten una solución específica, están sujetas a parámetros de validez fundados en normas de estructura abierta. Así, casi todos los juicios interpretativos pasan a constituir actividades complejas, incluyendo aquellos casos considerados “fáciles”.¹⁸⁷ Por eso, el derecho, y principalmente el derecho constitucional, estará siempre sujeto a un complejo proceso interpretativo.¹⁸⁸

A partir de ese problema, debe el sistema construir criterios interpretativos, los cuales son absolutamente necesarios para la convergencia y la coherencia de las decisiones en un sistema jurídico. Ante la consideración de que la inclusión de valores y principios puede proporcionar una posibilidad demasiado amplia de interpretaciones, es siempre preferible intentar preservar la solución prevista en las leyes. Si, de acuerdo con los criterios materiales, son posibles muchas interpretaciones distintas, la interpretación de las leyes visando la preservación de su vigencia procura, de entre las varias interpretaciones posibles, preservar aquellas opciones políticas elegidas con bases democráticas.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Utilizando aquí la nomenclatura de DWORKIN, que divide respecto a la dificultad de interpretación los casos en fáciles y difíciles.

¹⁸⁸ Sobre tal punto observa MARTINS REIS: “Quando se fala em interpretação constitucional, não se está admitindo a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, mas a possibilidade de mais de um entendimento sob a égide dos seus princípios e regras, através de uma argumentação singularmente fundamentada. A juridicidade democrática não se contenta com a definição apriorística de certas decisões, posto que derivadas de sua mais alta Corte, por constituir o sistema uma conexão complexa de comunicações que lhe viabiliza reorientar as suas próprias propostas no interior daquele quadro normativo. A imprescindibilidade de um eixo hermenêutico de referência, ideologicamente assentado como um pressuposto valorativo, que permita dispor os deslizamentos de acomodação ou estranhamento no confronto com os sentidos concretos de contexto, constitui o ponto de partida na proposição crítica capaz de generalizar-se de forma congruente ou proporcional.” (MARTINS REIS, Maurício. “A interpretação conforme à Constituição como garantia inerente ao princípio da inafastabilidade jurisdicional”, texto extraído del sito web *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4533>, en 1 de marzo de 2007).

¹⁸⁹ De cierta forma, en el momento en que se admite la constitucionalidad de una ley que limite, por ejemplo, la libertad, el intérprete esta constituyendo el sentido del término libertad en un determinado ordenamiento jurídico, ya que jamás ha

Conforme será tratado en el capítulo tercero, principios y reglas no presentan solamente estructuras distintas, sino que demandan, también, un modo de interpretación distinta. En razón de eso se establece una relación de preferencia en relación con las reglas. Aunque los principios generalmente estén situados en la cumbre de los ordenamientos, constituyendo normas jerárquicamente superiores; debe ser considerado que las reglas son más específicas, apuntando para una solución más clara y determinada. En razón de eso, al mismo tiempo que tienen aplicación más estricta, son más completas. Por eso, deben tener preferencia. Sin embargo, los principios generalmente entran en conflicto con otros principios, lo que dificulta su aplicación directa. En razón de esas especificidades la hermenéutica constitucional establece como máxima la preferencia de las reglas frente a los principios.¹⁹⁰

sido una propuesta del constitucionalismo la validez de estos términos valorativos de una forma absoluta, hasta porque la constitución prevé en no pocas ocasiones valores incluso contradictorios..

¹⁹⁰ No obstante esta afirmación pueda parecer un tanto polémica si consideramos la importancia que se atribuye a los principios y su identificación como normas de alto rango – pues están situados en la cumbre de los ordenamientos, aunque esto no sea necesario para definirlos, y si su estructura normativa. Debe ser considerado en este caso que las reglas no comportan una interpretación por ponderación. Su aplicación se hace a través del modelo “todo o nada” como propone DWORKIN. Las reglas son elegidas de acuerdo con el caso concreto, la regla más adecuada en el sentido de más específica, regula el caso. La regla interpretativa será, así, la prevalencia de la regla, que después será testada con relación a su posibilidad de permanencia en el sistema respecto a normas materiales que le son superiores. Esta validez es la que a menudo posibilita la confrontación de la regla (o la solución propuesta por la regla) y de las normas materiales que le son superiores jerárquicamente (que en general vienen previstas en forma de principios). Conforme explica Humberto ÁVILA: “Os princípios possuem, pois, pretensão de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade. As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcantes.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição, Editora Malheiros: São Paulo. p. 69). En el mismo sentido el análisis de Ana Paula BARCELOS que destaca la necesidad de priorización de la solución prevista en la regla cuando esta es admisible respecto a los principios, *verbis*: “Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomados no interior de tais fronteiras. Em suma: seja porque essa é a consequência natural das diferenças estruturais entre princípios e regras, seja porque, considerando o contexto constitucional, as duas espécies normativas desempenham funções diferentes, o primeiro parâmetro que deve orientar a ponderação significa que a regra deve ter preferência em face dos princípios. Assim, diante de um conflito insuperável entre regra e princípio que demande a ponderação de um dos elementos em choque, a regra constitucional (aqui incluído, repita-se, o núcleo dos princípios) deve ser preservada e o princípio comprimido.” [...] “A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; a sua lógica tentará isolar um única norma para o caso.” (In BARCELOS, Ana Paula. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. A Nova Interpretação Constitucional, org. Luís Roberto Barroso. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 82). Es posible concluir, de esta forma, que las reglas pueden restringir principios. Estas restricciones son admitidas hasta el momento en que no violen el núcleo intangible de un principio, por lo que se demuestra la importancia de la interpretación conforme a la constitución (o a los principios si se considera que estos en general están previstos constitucionalmente), principalmente para la construcción del sentido jurídico para estos principios.

En el caso de la solución apuntada por la ley, juega un importante papel, también, el argumento democrático. La regulación más específica de la ley puede ser rechazada si resulta absolutamente insuficiente para el cumplimiento de la constitución o contraria a ésta. Si supera la prueba de constitucionalidad, la solución prevista en la ley debe ser la adecuada, al menos en términos jurídicos. Sobre esta preferencia, explica ALEXY:

La respuesta puede sólo rezar que, desde el punto de vista de la sujeción a la Constitución, existe una prioridad del nivel de la regla. Ciertamente, también el nivel de los principios es el resultado de un acto de positivación, es decir, de una decisión. Pero, una decisión en el ámbito de principios que pueden entrar en colisión deja muchas cosas sin decidir, pues, un haz de principios tolera determinaciones muy diferentes de relaciones concretas de preferencia; es conciliable con reglas totalmente diferentes. Así, pues, en la medida en que se adoptan determinaciones en el ámbito de las reglas, se decide más que a través de la sujeción a todas las decisiones del legislador constitucional. Por lo tanto, las determinaciones adoptadas en el ámbito de las reglas preceden a las determinaciones alternativas que, tomando sólo en cuenta los principios, son igualmente posibles.¹⁹¹

Aunque muchas veces se acuse el neoconstitucionalista de ser antidemocrático, con base en esta característica resulta posible verificar la importancia que confiere al acto legislativo.

1.3.1.3.g Influencia de la constitución sobre las relaciones políticas

El argumento democrático neoconstitucionalista, de entre todas sus características constituye, en nuestra opinión, el argumento central de toda la teoría, porque es a partir de él que se construyen y fundamentan todas sus demás características. Para Dieter GRIMM, por ejemplo, este tema es tan o más importante que la jurisdicción constitucional.¹⁹² En razón de su protagonismo, quizá sea esta la

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoría General de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 134.

¹⁹² "Naturalmente, la disposición de dirimir las cuestiones relativas al poder por medio de un tribunal requiere condiciones sociales y culturales que en modo alguno se dan en todos los lugares donde hay una constitución. Cuando dichas condiciones están ausentes, los tribunales constitucionales actúan en la línea marcada por los poderosos o se condenan a la insignificancia. El daño para la constitución en ambos casos es mayor que la plena renuncia a la jurisdicción constitucional. En cambio, el riesgo para una jurisdicción constitucional efectiva se halla en que los tribunales, ante el escaso grado de precisión que contienen, sobre todo, las normas materiales de la constitución y el amparo de su aplicación, asuman tareas de configuración políticas y, de este modo, perturben los nexos de responsabilidad democrática y las limitaciones de funciones." (GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Tit. Or. Die

parte de la teoría que sufre las mayores críticas, principalmente en lo que se refiere a la falta de legitimidad de los jueces para construir soluciones jurídicas a partir de principios o para que dejen de aplicar determinada solución por entenderla conflictiva con un valor constitucionalmente positivado.

De acuerdo con la proposición neoconstitucionalista, el concepto de democracia no puede ser confundido con el de *mayoritarismo irrestricto*¹⁹³, o sea, la sujeción de las minorías o del ciudadano a cualquier decisión que provenga de la mayoría. Un concepto más correcto de democracia, para el neoconstitucionalismo, demanda exactamente una protección en contra del poder de decisión de las mayorías. Así, es perfectamente legítimo en una sociedad el establecer límites al poder de las mayorías, lo que puede ser logrado a partir de la constitución.¹⁹⁴ De acuerdo con la teoría neoconstitucionalista, esta democracia limitada, protegida institucionalmente por el derecho, sería no solamente aceptable, sino que constituiría una forma más desarrollada de la democracia.¹⁹⁵ Esta concepción diferenciada es una de las características que distingue el Estado constitucional y democrático de derecho del Estado democrático simple. La concepción constitucionalista no propone un argumento contrario a la democracia, sino un argumento en el sentido de cualificarla, de forma que no esté todo a disposición de la voluntad de las mayorías.¹⁹⁶

Zukunft der Verfassung [trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón], Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 36-37).

¹⁹³ Expresión de J.C. BAYÓN, la cuál es utilizada en el sentido de dictadura de las mayorías. (BAYÓN, J.C. "Derechos, democracia y constitución", in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 214).

¹⁹⁴ "[...] el estado constitucional de derecho se nutre de una idea de soberanía limitada, que a su vez se traduce en un entendimiento de la democracia compatible con la búsqueda de límites al poder de las mayorías. Esta concepción parte de reconocer la existencia y protección de las minorías como condición de posibilidad de la democracia y de considerar los derechos fundamentales como un 'coto vedado' que modera el alcance de la regla de las mayorías, a fin de salvaguardar los presupuestos que hacen de ella un mecanismo de decisión colectiva especialmente valioso. Será ésta la idea de democracia presente en los orígenes del constitucionalismo estadounidense y que, con mayor dificultad, se abrirá espacio en el pensamiento constitucional europeo hasta su consolidación definitiva en la segunda mitad del siglo XX." (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. cit., p. 23).

¹⁹⁵ En palabras de J. C. BAYÓN, *verbis*: "Alternativamente, si se maneja un concepto más rico y matizado de democracia – de manera que ésta incluya o presuponga ya derechos básicos –, no sólo no habría conflicto esencial entre ella y el constitucionalismo, sino que éste sería la forma institucional de la genuina democracia. Y por lo que se refiere, en segundo lugar, a la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad, una respuesta verdaderamente clásica – tanto que se remonta a lo escrito por Hamilton en *El Federalista* y por el juez Marshall en *Marbury v. Madison* – es la que alega que cuando los jueces constitucionales invalidan decisiones de un legislador democrático no ponen de ninguna manera su propio criterio por encima de éste, sino que se limitan a hacer valer frente a aquellas decisiones la más fundamental voluntad democrática del constituyente" (BAYÓN, J.C., "Derechos, democracia y constitución", cit., p. 214-215).

¹⁹⁶ Como aclara Luis PRIETO: "Por lo que se refiere al constitucionalismo como ideología política, tal vez es aquí la acepción menos problemática o la más externa a las cuestiones que nos proponemos a tratar, y puede identificarse con aquella filosofía que considera que el Estado constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de

La metáfora ya incorporada al argumento neoconstitucionalismo para defenderse de las críticas que sufre en relación con la falta de legitimidad democrática de los jueces –para que actúen de forma constructiva y, algunas veces, contraria a las decisiones políticas–, consiste en la mención a las amarras utilizadas por Ulises para protegerse de los encantos de las sirenas. Ulises amarró su cuerpo al barco para evitar que cambiase de idea como consecuencia de los efectos del canto de las sirenas. Tomó una decisión racional que le impediría actuar de otro modo más adelante.¹⁹⁷

En el caso constitucional, sostiene el neoconstitucionalismo con argumentos substanciales, que la actuación del constituyente al elegir determinados parámetros intocables limitadores de la decisión de las mayorías puede ser considerada una decisión racional que pretenda evitar una disposición en contrario en el futuro. Esto sería legítimo para el constituyente porque éste también posee orígenes democráticos, de forma diferente a lo que ocurría, por ejemplo, con el derecho natural. Mientras tanto, ese origen democrático es aún cualificado con su posición inaugural, originaria, de marco normativo de un ordenamiento jurídico. En razón de eso, está perfectamente legitimada para trazar límites a la democracia como también para constituir autoridad que ejerzan el control de esos límites.¹⁹⁸ De esa lógica democrática nos ocuparemos más detalladamente en el capítulo siguiente.

organización política. Naturalmente, que sea aquí la menos problemática no significa que carezca de problemas; todo lo contrario, presentar el constitucionalismo como la mejor forma de gobierno ha de hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias.” (PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.*, cit., p. 102).

¹⁹⁷ Sobre el tema sugerimos: JON ELSTER, *Ulysses y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 36 y ss.; GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Teoría de la constitución*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 113 y BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, democracia y constitución”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 224.

¹⁹⁸ No es diversa la opinión de Santiago SASTRE, “En primer lugar, la noción de poder constituyente va perdiendo su significado revolucionario o su *agresividad* y se va asociando cada vez más al concepto de legalidad constitucional, es decir, a la posibilidad de una legalidad superior a la ordinaria y que, por tanto, es capaz de limitar al legislador. En segundo lugar, la Constitución aparece como un marco normativo regido por el principio del pluralismo en el que se establecen las reglas del juego democrático, pero esto no impide que pueda desempeñar una importante función directiva para el futuro, ya que en ella se establecen los principios fundamentales que deben regir la comunidad.” (SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 240).

1.3.2 Derecho y moral en el neoconstitucionalismo

La *no conexión necesaria entre el derecho y la moral*, una de las tesis centrales del positivismo jurídico, siempre constituyó una cuestión central en las críticas sufridas por esta teoría jurídica. A partir de las alteraciones provocadas por la posición neoconstitucionalista en la ciencia jurídica, destaca la vuelta a la discusión sobre el derecho y la moral, reiniciada a partir de la defensa de contenidos materiales vinculantes en las constituciones. Ante catálogos de derechos fundamentales y otras normas constitucionales que hacen expresa mención a valores, sumado a una postura de consideración del carácter normativo de esas normas, los argumentos antipositivistas adquieren de nuevo una nueva fuerza en el sentido de que ponen otra vez en discusión la separación entre derecho y moral defendida por el positivismo jurídico.

Para el análisis de los argumentos más importantes en relación con la defensa de la tesis positivista de no conexión entre el derecho y la moral, nos valdremos del célebre debate establecido por R. ALEXI y E. BULYGIN, el cual, en cierta manera, resume los principales argumentos tanto del ataque antipositivista como de su defensa por parte de los positivistas. Sin embargo, a través de este debate es posible analizar la materia relativa a la *pretensión de corrección del derecho*, la cual consideramos extremadamente esclarecedora en lo que se refiere a algunos aspectos –esenciales y contingentes– presentes en la formación de un concepto de derecho. En seguida, trataremos más detenidamente del cambio de actitud frente a normas constitucionales que hacen expresa referencia a términos con correspondencia en la moral y como esto afecta la tesis positivista de la no conexión necesaria entre derecho y moral.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Para recuperar lo que hemos tratado en puntos anteriores de esta investigación, partimos del presupuesto que actualmente ningún positivista niega como es el de la existencia en los ordenamientos jurídicos (principalmente las constituciones) de principios, valores y otras normas que hacen expresa referencia a valores morales. Lo que niegan es la conexión necesaria de estos principios con la moral.

1.3.2.1 La discusión de R. ALEXY y E. BULYGIN sobre la pretensión de corrección del derecho

La discusión entre R. ALEXY y E. BULYGIN se desarrolla a partir de artículos publicados por ambos autores en el periodo comprendido entre los años de 1993 y 2000²⁰⁰, donde sostienen con gran competencia argumentos opuestos sobre la relación necesaria entre el derecho y la moral. En razón de la capacidad y prestigio de ambos autores, utilizamos la discusión como fuente de referencia para marcar las posiciones positivistas y antipositivistas.

Tal discusión se establece a partir de la proposición de ALEXY, quien sostiene la incorrección del argumento positivista sobre la no conexión necesaria entre derecho y moral. ALEXY presenta su crítica a partir de la constatación de que el derecho no puede aceptar violaciones graves de criterios de justicia y que, en razón de esto, los criterios morales son relevantes en la definición de lo que es jurídico y lo que no lo es. Primeramente, asume que hay defectos morales presentados por normas de los sistemas jurídicos que pueden ser considerados criterios *clasificatorios*. Así lo sería cuando el defecto valorativo de una norma impide su propia consideración como jurídica. Por otro lado, pueden ocurrir violaciones menos graves de criterios morales, las cuales pueden ser consideradas *calificadorias*, o sea, cuando califica una norma o sistema como *deficientes*, aunque continúen siendo consideradas como jurídicas.²⁰¹

²⁰⁰ La polémica establecida por los dos profesores toma cuerpo a través de los artículos: BULYGIN, Eugenio. "Alexy und das Richtigkeitsargument", en Aulus AARNIO et. Al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humboldt, Berlín. p. 19–24; ALEXY, Robert. „Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments“, en Ernesto Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift für Carlos Alchourrón und Eugenio Bulygin*, , Duncker & Humboldt, Berlín. p. 235–250; BULYGIN, E. *Alexy's Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality*, manuscrito presentado en la mesa redonda "Constitucionalismo y la separación entre derecho y moral", Universidad de Ferrara, 1998, *Ratio Juris*, vol. 13, n. 2, junio 2000, p. 133–137; ALEXY, R. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique, manuscrito presentado en la mesa redonda "Constitucionalismo y la separación entre derecho y moral", Universidad de Ferrara, 1998, *Ratio Juris*, vol. 13, n. 2, junio 2000, p. 138–147. Todos los textos fueron traducidos y reunidos por Universidad Externado de Colombia, que los ha publicado en el volumen *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre el derecho y la moral*, Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2001 (2ª ed., 2005).

²⁰¹ Conforme ALEXY "Son clasificatorias si privan a las normas o a los sistemas normativos de su clasificación como jurídicos. Por el contrario, tienen un carácter meramente cualificadorio, si las normas o los sistemas normativos conservan el carácter jurídico, y presentan exclusivamente una deficiencia jurídica como consecuencia. La pretensión de corrección cumple un papel clasificatorio – si se la considera aisladamente, y no en interacción con otros argumentos – sólo en cuanto a los sistemas jurídicos en tanto un todo; y allí también sólo en cuanto a la formulación de la pretensión, y no así en cuanto a su satisfacción. Los sistemas normativos que no formulen, explícita ni implícitamente, la pretensión de

La tesis de ALEXY propone dos argumentos distintos: el argumento de la injusticia y el argumento de la pretensión de corrección. De acuerdo con el primero, los sistemas normativos pierden su calidad de jurídico en el caso de que no ultrapasen límites intolerables de injusticia. El segundo, presupone que los participantes del sistema jurídico deben necesariamente presentar una pretensión de corrección cuando aplican o crean normas jurídicas. Será esta necesaria conexión, fuerte o débil, con la moral, lo que diferenciará el derecho de la mera “fuerza bruta” o de la “pura contingencia”.²⁰²

De acuerdo con esa concepción, los sistemas jurídicos tienen obligación de presentar, por lo menos, una pretensión de corrección, de forma explícita o implícita, si desean ser considerados como jurídicos. De la misma forma, los jueces deben aplicar esta pretensión en sus decisiones, bajo pena de que sus sentencias sean consideradas deficientes. En ese caso, la formulación de la pretensión de corrección para los sistemas jurídicos sería clasificatorio y su satisfacción calificatoria.²⁰³

Exceptuado el primer caso – donde la formulación de la pretensión de corrección para un sistema jurídico está representada por ALEXY a través de la prohibición de que una constitución presente una disposición como: ““X” es un Estado injusto”–, parece que los destinatarios principales de su posición en relación con la pretensión de corrección son los *operadores jurídicos*. Éstos, a partir de una concepción neoconstitucionalista, poseen la tarea de desarrollar los contenidos morales y valorativos de la constitución dentro del ordenamiento jurídico. Será en esa tarea, por lo tanto, en la que los intérpretes deben presentar esa pretensión de corrección.²⁰⁴

corrección no son sistemas jurídicos. De esta manera, la pretensión de corrección permite distinguir entre derecho y fuerza bruta.” (ALEXY, R. *La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 54–55).

²⁰² El derecho obtiene a través de ella (*pretensión de corrección*) una dimensión ideal necesaria, que lo saca fuera del ámbito de la pura contingencia.” (ALEXY, R., cit., p. 56).

²⁰³ En este sentido, elucidativa es el esquema presentado por Paula GAIDO en la presentación del libro supramencionado. (ALEXY, R. *La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 20).

Relación entre derecho y moral	Formulación de la pretensión	Satisfacción de la pretensión
Sistemas jurídicos	Clasificatoria	Cualificatoria
Normas jurídicas	Cualificatoria	Cualificatoria

²⁰⁴ Conforme ALEXY: “Positivistas y antipositivistas están de acuerdo en que, como dice Hart, todo derecho positivo posee una estructura abierta (*open texture*). Al respecto, hay varias razones para que ello sea así. Tienen especial importancia la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de contradicciones entre normas, la falta de una norma en la que pueda apoyarse la decisión y la posibilidad de decidir, en casos especiales, también en contra del texto de una norma. En este sentido, existe una apertura necesaria del derecho positivo. El ámbito de apertura puede ser más o menos amplio, pero está presente en todo sistema jurídico.” (*La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 58–59).

Contrariamente a la posición ALEXY surge el posicionamiento de E. BULYGIN, el cual se ocupa de la defensa del argumento positivista de la no conexión necesaria entre derecho y moral. Inicialmente, BULYGIN denuncia la existencia de una contradicción entre la necesidad de la formulación de una pretensión de corrección y el concepto de derecho. Conforme entiende, si la pretensión de corrección es necesaria o esencial al concepto de derecho, su ausencia debe necesariamente implicar la desclasificación de un sistema o norma como jurídico. Si no es así, no estamos tratando de algo esencial, sino de algo contingente, que es exactamente lo que sostienen algunas teorías positivistas.²⁰⁵

Explica que “si la conexión entre derecho y moral depende del argumento de la corrección, como ALEXY afirma expresamente, entonces se requiere una fundamentación más sólida”.²⁰⁶ Conforme entendemos, para sostener esa conexión necesaria, es necesario que sea comprobada a través de elementos encontrados en la previsión y funcionamiento del sistema jurídico. Una vez que no exista la prueba de esa conexión necesaria, la afirmación –legítima, hay que se reconocerlo– puede tener aplicación en la teoría de la interpretación, pero no puede ser considerada como un argumento concreto en la teoría del derecho. Por esto, parece no ser suficiente para contraponerse a la posición positivista contemporánea sobre el derecho, que busca conceptualarlo sin utilizar elementos ideológicos.

Uno de los grandes problemas de condicionar los sistemas jurídicos a un concepto de justicia ideal y hacer depender la validez de las normas a su adecuación a estos criterios es la propia relatividad del concepto de justicia, el cual puede cambiar espacial, temporal e incluso, subjetivamente. Aunque todos los operadores jurídicos o legisladores se dispongan a aplicar una *pretensión de corrección*, esto no pasará de ser un mero intento, que no asegura resultados de acuerdo con la moral²⁰⁷, ya que, como reconoce el propio ALEXY, el concepto de

²⁰⁵ Conforme BULYGIN: “Si esta interpretación es correcta, entonces creo que se puede constatar en Alexy una contradicción. Por un lado Alexy afirma que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, como también los sistemas jurídicos formulan necesariamente la pretensión de corrección. Por consiguiente, la conexión entre el carácter jurídico de una norma o la pretensión de corrección es analítica, o – como lo formula Alexy – es una conexión clasificatoria. Por otro lado, Alexy afirma que la pretensión de corrección en el caso de normas jurídica y decisiones judiciales aisladas tiene “una relevancia exclusivamente cualificatoria”. Pero si se trata de una conexión meramente cualificatoria, entonces la pretensión de corrección *no es necesaria* en el caso de las normas jurídicas aisladas; ellas son normas jurídicas, aún cuando no formulen tal pretensión.” (*La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 45)

²⁰⁶ Op. cit. p. 51.

²⁰⁷ Como sostiene BULYGIN “Según esta, hay una conexión conceptual, necesaria, entre derecho y moral. Sin embargo, aún si admitimos que todas las autoridades jurídicas (reyes, emperadores, dictadores, presidentes, legisladores, jueces,

justicia o injusticia no goza de la misma convergencia de sentido como el de “república”, por ejemplo.

BULYGIN observa, además, que la única posición de ALEXY que implica efectivamente en una alteración del positivismo jurídico o del concepto de derecho es la condición *clasificatoria*, la cual determina que una norma será o no jurídica de acuerdo con su adecuación moral. Por otro lado, la condición *calificatoria* tendría un objeto distinto, que no es el concepto de derecho.²⁰⁸ Al afirmar que un sistema, una decisión o una norma que no presentan una pretensión de corrección son deficientes, ALEXY no está formulando una característica definitoria o necesaria de juridicidad, sino una contingente. En sus palabras: “ambas características son *definitorias*, pero no definitorias de “sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “sistema jurídico deficiente” y de “norma jurídica deficiente””.²⁰⁹

Analizando las teorías de los profesores ALEXY y BULYGIN, es posible observar que son convergentes en lo que se refiere a la importancia de la práctica jurídica para el desarrollo de criterios jurídicos. Ambas admiten que la estructura abierta de algunas normas demanda una actividad constructiva del intérprete para fijarles un sentido jurídico. Todavía, adoptan posiciones contrapuestas sobre la relación derecho-moral, lo que acaba por obligarlos a denominar fenómenos muy parecidos de una forma un tanto distinta. Como ALEXY adopta una posición declaradamente antipositivista. Sostiene que ante un *concepto incompleto*, el positivista buscará la solución en elementos extrajurídicos, a través del uso de la discrecionalidad, estando el intérprete libre de cualquier parámetro. Por otro lado,

etc.) necesariamente formulan la pretensión de que las normas emitidas por ellos son moralmente correctas o justas, ¿qué garantía tenemos de que todos ellos entienden lo mismo por “corrección moral” o “justicia”? ? Es mi idea de justicia que movió a Ghengis Khan, Felipe II de España, Enrique VIII de Inglaterra, Khomeini o Pinochet para promulgar normas jurídicas? Probablemente ellos entendieron cosas bastante diferentes por justicia o corrección moral. Sin embargo, la tesis de la vinculación necesaria entre derecho y moral implica que hay una conexión conceptual entre todo sistema jurídico, por una parte, y una y la misma moral, no cualquier sistema moral, por la otra. En el caso de Alexy, es la moral universal, basada en una ética procedimental del discurso. El hecho alegado de que todos los actos de emitir normas performativamente implican una pretensión de justicia no demuestra que hay una conexión necesaria entre todos los sistemas jurídicos y esta moral específica.” (*La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 88).

²⁰⁸ Seguidamente, Alexy explica qué entiende por “conexión cualificatoria”: “Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión pero que no la satisfacen son sistemas jurídicos deficientes. En este sentido, la teoría de la pretensión es de carácter cualificatorio. La teoría de la pretensión desempeña un papel exclusivamente cualificatorio en el caso de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas. Si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección, son jurídicamente deficientes.” (*La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 89-90).

²⁰⁹ Op. cit., p. 91.

sostiene que, en el mismo caso, el antipositivista va a decidir en base a elementos morales²¹⁰ y atento siempre a la jurisprudencia.

Tal y como ha sido hasta ahora presentado, entendemos que no existe una diferencia tan grande como la que ve ALEX Y. Consideremos un intérprete que sigue la doctrina positivista y que puede aceptar o no la tesis de la pretensión de corrección. Cuando ante un concepto *incompleto* (*open texture*), va a utilizar la discrecionalidad solamente si no encuentra, en el ordenamiento, razones para decidir. Podrá buscar argumentos extrajurídicos, o sea, fuera del sistema; pero lo más probable es que busque en los órganos superiores y en las demás normas del sistema sus razones para decidir, porque, al final, la permanencia de su decisión depende de la aceptación por las cortes superiores. El proceso, en resumen, es idéntico al propuesto por ALEX Y, con la única diferencia de que para el profesor alemán, el sentido que se atribuye al término jurídico no debe rebajar patrones morales mínimos, cumpliendo así con la pretensión de corrección.

En el caso del positivismo, en razón de argumentos de autoridad y convergencia, los criterios propios de discrecionalidad no serán meramente subjetivos. Autoridad y convergencia confieren un carácter objetivo a la subjetividad inherente a la discrecionalidad, lo que se acerca y asemeja a la vinculación por la pretensión de corrección planteada por ALEX Y. El argumento del intérprete no podrá ser cualquier argumento –como afirman los antipositivistas–, sino un argumento que depende de lo establecido en el sistema, o sea, compatible con lo que está construido por la práctica jurídica. Además, si consideramos que el derecho depende de la convergencia, no es difícil concluir que la forma más fácil de alcanzar la convergencia es la fundamentación en un valor moralmente relevante. Sin embargo, la moral no es definitiva para la convergencia, que puede ser obtenida por otros modos. Como analizan J. COLEMAN y B. LEITER, aunque el criterio moral pueda ser un aspecto favorable a la convergencia, son varias las razones que pueden

²¹⁰ “Por el contrario, la pretensión de corrección conduce hacia una interpretación antipositivista. Esta pretensión, por estar necesariamente vinculada con los fallos judiciales, es una pretensión jurídica, y no sólo una pretensión moral. A ella le corresponde un deber jurídico, necesariamente unido a los fallos judiciales, de decidir correctamente.” (p. 59) “En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que con argumentos morales o de justicia.” (p. 60) “Por el contrario, la pretensión de corrección conduce hacia una interpretación antipositivista. Esta pretensión, por estar necesariamente vinculada con los fallos judiciales, es una pretensión jurídica, y no sólo una pretensión moral. A ella le corresponde un deber jurídico, necesariamente unido a los fallos judiciales, de decidir correctamente.” (p. 59) “En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que con argumentos morales o de justicia.” (p. 60).

determinar la convergencia de los operadores jurídicos, además de las razones morales. Además no siempre la moral es factor determinante para el establecimiento de las decisiones. En ese sentido, cuestionan la propia concepción de HART, según la cual, el punto de vista interno está siempre caracterizado por un juicio crítico. Para COLEMAN y LEITER, será el comportamiento convergente, aunque motivado por intereses privados o por la simple voluntad de manifestar una opinión conforme con la autoridad jerárquicamente superior que puede determinar las razones de decidir.²¹¹

La posición de ALEXY, en el sentido de la pretensión de corrección del derecho, no abandona la estructura de autoridad del derecho –que siempre ha destacado en su obra la importancia de la seguridad jurídica–, la cual constituye una función esencial del derecho. Pero no explica cual sería, entonces, la solución adecuada para el caso de que una decisión cualitativamente deficiente fuera aplicada por un tribunal. ¿Quién sería el responsable por este juicio en el caso de que los tribunales ya se hubieran manifestado? Parece que, en este aspecto, tiene razón BULYGIN, cuando afirma que el objeto discutido por ALEXY son los criterios para considerar una decisión, una norma o un sistema como *deficientes*, y no el de discutir su juridicidad.

Particularmente, consideramos el argumento de la pretensión de corrección verdaderamente atractivo, así como subjetivamente creemos en la existencia de una pretensión de corrección que pauta tanto la actividad del intérprete. Más aún, nos parece que la pretensión de corrección es algo que debe guiar la conducta de cualquier asociación que se halle implicada en la creación de un poder, sea en el nivel institucional que sea. Un sistema jurídico que no pose un mínimo de pretensión de corrección no sirve como sistema jurídico, de la misma forma que un Estado que

²¹¹ Según los autores citados *verbis*: “Some officials believe that the rule of recognition provides something like the right standards for evaluating the validity of norms subordinate to it. For them, compliance with what other officials do may be required in order that they all do what is required (morality or otherwise). Still other officials are motivated largely by a desire to co-ordinate their behavior with other officials – quite apart from their views about the substantive merits of the rule of recognition itself. The avoidance of confusion and mayhem, as well as the conditions of liberal stability require co-ordination among officials. Whether motivated by political or private moral virtue, or even by brute self-interest, the mere fact that many judges act in a certain way – that is, apply certain standards to determinate legal validity and reason from those standards in certain ways – can provide particular officials with a compelling reason to do what others do – just because they do it. Convergent behavior, not acceptance from the internal point of view, is the key to understanding the authority of the rule of recognition.” (COLEMAN, J. y LEITER, B. “Legal positivism”, cit., p. 248).

no la tenga, no sirve como Estado.²¹² El argumento, sin embargo, nos parece más político que jurídico²¹³, principalmente si considerado el hecho de que ALEXY no deja clara su propuesta sobre las consecuencias jurídicas de una decisión moralmente deficiente.²¹⁴

De esa forma, pensamos que la pretensión de corrección atribuida por ALEXY no debe ser aceptada como condición esencial del concepto de derecho. Encuentra, eso sí, lugar en la teoría de la interpretación, principalmente en lo que se refiere a la atribución de sentido en términos abiertos. Según ya hemos tratado al hablar de las teorías inclusiva y excluyente del positivismo, su punto de diferencia entre estas dos teorías está exactamente en la existencia o no de límites lingüísticos para la

²¹² “Abandonando la pretensión de corrección se socava la naturaleza del derecho...” (ALEXY, Robert. “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin”. In *La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 102). Hay que reconocer la coherencia de la teoría de ALEXY cuando afirma que solamente la corrupción del sistema es causa para no reconocimiento como jurídico, ya que es posible que un sistema justo contenga una o otra norma injusta. Sin embargo, el problema parece estar en no definir la autoridad para hacer este juicio cuando no lo hacen los tribunales.

²¹³ En razón de esto nos consideramos más importante destacar la identificación del derecho por la autoridad que en razón de la corrección. Veamos que la relevancia de destacar la pretensión de corrección en detrimento de la autoridad sería relevante en el caso de un Estado que tuviera en la constitución una norma que dispusiese, como propone ALEXY, “X es un Estado injusto”. En estos casos, poderíamos decir, que no hay tan sólo un problema relacionado con el derecho, sino con el propio Estado. No se trata en un problema relativo a lo que hay que hacer con esta norma, sino un problema relativo a “como un pueblo viene a recepcionar una norma tal en la constitución”. Así que la anomalía de tal Estado ya viene expresa en la producción de la constitución – el plano político o de las relaciones de poder, y no es un problema exclusivo del derecho. La pretensión de un mínimo de justicia es algo inherente al propio Estado, y no al demandado. Parece evidente que el derecho no puede perseguir la injusticia y tiene que actuar correctamente. De la misma forma, concordamos totalmente con ALEXY cuando afirma que un Estado no puede perseguir como fin “la injusticia”. Ni el Estado, ni el derecho y tampoco cualquier institución estatal. Sin embargo, ¿es esto lo que caracteriza el derecho? ¿Esta constatación es suficiente para defender una conexión necesaria entre el derecho y la moral? Desde nuestro punto de vista la respuesta es negativa simplemente porque el concepto de justicia es un concepto demasiado abierto y comporta una gama infinita de interpretaciones, las cuales dependen del punto de vista que se adopta o de una serie “n” de factores. En razón de esto, el derecho como una ciencia de orden debe encontrar una solución para la conciliación de esta infinidad de interpretaciones posibles respecto a la justicia. Y esto, parece que se ha explicado de forma satisfactoria a través de la autoridad y de la convergencia. La autoridad, a su vez, no puede depender de la moral, porque esta es contraria al propio concepto de autoridad: si lo que vale es la mejor opinión, no hay por qué tener autoridad (es obvio que el demandante piensa tener razón y que su argumento es mejor que el del demandado y, por esto, jamás estará de acuerdo con la decisión del juez que no acoje su planteamiento, salvo si reconoce en el juez – y en la institución que representa – la autoridad). El propio ALEXY lo reconoce cuando afirma que: “Al Legislativo le pueden prohibir aprobar determinadas leyes. Es así como el principio de la república prohíbe la introducción de una monarquía, y el principio del Estado social la derogación de cada ayuda social. Los actos del Ejecutivo y del Judicial son inconstitucionales si contradicen principios constitucionales. Si esto no fuera así, la jurisdicción constitucional se vería de forma diferente. Por consiguiente, hay tanto destinatarios como acciones a los cuales los principios constitucionales pueden referirse. Esto también se aplica a un principio tan abstracto como el de la justicia, y a su contraparte monstruosa: el de la injusticia. La introducción de un principio de injusticia como principio constitucional encerraría, ciertamente, una contradicción performativa y, por tanto, sería absurdo; sin embargo, un principio de esa naturaleza también podría referirse de la manera expuesta a los destinatarios y sus acciones.” (ALEXY, R. “La crítica de Bulygin al argumento de la corrección”, cit., p. 76–77).

²¹⁴ Esto es reconocido por el propio ALEXY al afirmar que: “Se podría pensar que la satisfacción de la pretensión de corrección también tiene carácter definitorio. Esto, sin embargo, tendría consecuencias desastrosas. Todas y cada una de las incorrecciones del sistema jurídico o de un norma o decisión aislada destruirían automáticamente el carácter jurídico y, consecuentemente, la validez jurídica del sistema y de la norma y decisión aislada. Por razones normativas, especialmente aquellas de seguridad jurídica, esto no es aceptable.” (ALEXY, Robert. “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin”. In *La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 110).

construcción de sentido de términos morales dentro del derecho. Incluso, según ha sido explicado de forma más técnica por GUASTINI, solamente hay lugar para la actividad interpretativa cuando hay márgenes de interpretación.²¹⁵ Una norma de estructura abierta puede proporcionar una serie de posibles interpretaciones, cuya selección ocurrirá por criterios de autoridad. Pero no se puede ir más allá de las interpretaciones posibles. Esto significa que el intérprete no es libre para aplicar cualquier sentido a la norma, sino un sentido de entre los diversos posibles. Así, es posible concluir que la estructura abierta no altera el proceso formal de identificación del sentido de la norma, sino solamente el camino del enunciado a la significación.²¹⁶

En base a esto, quizá el mejor punto de vista sea el de aceptar que el derecho pueda tener una pretensión de corrección; pero ésta pretensión es más un objetivo que debe ser alcanzado o una característica de la interpretación jurídica que un elemento esencial al concepto de derecho. Colocado en esos términos, es posible, incluso, que un positivista pueda sostener una pretensión de corrección del derecho sin que tenga que abandonar la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral.²¹⁷ La pretensión de corrección, de esa forma, puede ser un elemento clasificatorio de una norma o sistema jurídico, pero no es un elemento conceptual.²¹⁸ Podríamos decir que un sistema jurídico que no tenga una pretensión de corrección es defectuoso. No obstante, no parece razonable la existencia de un sistema de derecho que no busque valores como justicia o equidad. También, no nos parece posible admitir que ese mismo sistema no sea jurídico por la ausencia de

²¹⁵ Potremmo dire così: una buona interpretazione deve avere ad oggetto ciò che Jerzy Wróblwski chiamava 'interpretazione *strictissimo sensu*', ossia l'interpretazione intesa come soluzione di dubbi intorno al significato. Se non c'è dubbio, non c'è controversia (c'è pur sempre interpretazione, beninteso, ma) non ci sono fenomeni rilevanti per la teoria dell'interpretazione." (GUASTINI, R. "Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione", cit., p. 39).

²¹⁶ GUASTINI, R. "Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione", cit., p. 40-42.

²¹⁷ Según ALEXY cuando afirma la posibilidad de que un positivista acepte tal tesis. "Esto no significa que la pretensión de corrección sea suficiente para sustentar al antipositivismo. Hay positivistas que aceptan la tesis sobre la pretensión de corrección, y al mismo tiempo niegan que exista conexión necesaria alguna entre derecho y moral. Pero si la tesis de la pretensión de corrección es verdadera, el antipositivismo cuenta con un punto arquimediano, que aumenta considerablemente el poder de los argumentos normativos a favor del antipositivismo, y en contra del positivismo." (ALEXY, Robert. "Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Buljgin". In *La pretensión de corrección del derecho*, op. cit. p. 96)

²¹⁸ Tal como explica la metáfora presentada por BULYGIN, *verbis*: "Usando la argumentación de Alexy podríamos, por ejemplo, sostener que hay una conexión cualificatoria pero necesaria entre la mujeres y la belleza; es decir, que las mujeres necesariamente pretenden ser hermosas. Si una mujer no satisface esta pretensión, esto es, si ella no es hermosa, sigue siendo un mujer, pero fea, y la fealdad es una falla conceptual. La ausencia de belleza no es una propiedad negativa meramente deplorable de algunas mujeres, pues la pretensión de belleza otorga a las mujeres una dimensión ideal, y de esta manera conecta necesariamente a las mujeres con la belleza. Estoy totalmente de acuerdo con la conclusión de este argumento, pues la belleza efectivamente confiere una dimensión ideal a las mujeres, pero me parece que el argumento es lógicamente defectuoso." (BULYGIN, E. *La pretensión de corrección del derecho*. cit., p. 92).

una pretensión de corrección. En suma, es posible afirmar que todo el derecho tiende a ser justo, pero no es posible decir que todo el derecho es necesariamente justo.²¹⁹

1.3.2.2 Neoconstitucionalismo, derecho y moral

De acuerdo con lo tratado antes, es posible percibir una gran preocupación del neoconstitucionalismo con algunos aspectos relativos al contenido de las normas jurídicas. Busca un blindaje de los sistemas jurídicos contra la sumisión de los derechos reconocidos constitucionalmente por las fuerzas políticas de ocasión o el interés de las mayorías. La atribución de fuerza normativa a principios y derechos fundamentales –generalmente relacionados con valores morales–, proporciona a los operadores jurídicos herramientas inestimables en el sentido de defender los derechos de la propia ley, cuando ésta contradice alguno de los valores incorporados al derecho. El juez ya no aplica la ley solamente porque es la ley, sino porque ésta pasó por una prueba de adecuación a los valores y demás normas materiales previstos en el ordenamiento, generalmente en la constitución. Con el neoconstitucionalismo surge, sin duda, una preocupación más fuerte por evitar el derecho injusto, ya que presenta la preocupación de garantizar contenidos materiales generalmente conectados con la moral.²²⁰ Así, la cuestión que se destaca

²¹⁹ La conclusión que no aceptamos por parte de ALEXY es la siguiente: “Según el positivismo jurídico, la deficiencia moral es algo que está fuera del dominio del derecho. La pretensión de corrección transforma a la deficiencia moral en deficiencia jurídica. Y esto no es en ningún sentido trivial. Es la conversión del positivismo en antipositivismo. La pretensión de corrección del derecho no es de ninguna manera idéntica con la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral. Es esta inclusión la que más claramente muestra que no sólo es posible hablar sobre las conexiones cualificatorias, sino que también es necesario si entendemos la naturaleza del derecho.” (ALEXY, R., “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin”. *La pretensión de corrección del derecho*, cit., p. 115). Con esto no podemos concordar totalmente teniendo en cuenta todo lo que fue hasta ahora expuesto. Primero, el positivismo no determina que la moral está fuera del dominio del derecho, sino algo que puede estar o no en el derecho. Depende de una incorporación. El derecho puede representar a la moral, y esto es bueno cuando coinciden. Sin embargo, el concepto de derecho no depende de su correspondencia con la moral. En segundo lugar, conforme posible entender de la tesis de ALEXY, la pretensión de corrección no es la *corrección moral*, sino una *pretensión de corrección moral*. Así, su esfuerzo en probar la presencia de una pretensión de corrección no rompe la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral. Tan solo, como él mismo reconoce, es un argumento a más en favor de las tesis antipositivistas. Incluso se hubiera demostrado el derecho necesariamente posee una pretensión de corrección – lo que creemos no lo hace de forma definitiva – y que esta pretensión fuera conceptual – lo que no es el caso – la tesis de la no conexión necesaria no perdería su argumento.

²²⁰ En este sentido señala Gloria LOPERA MESSA: “Donde se aprecian importantes diferencias es en las tesis adscritas al llamado neoconstitucionalismo metodológico o conceptual, las cuales apuntan a una revisión del concepto de derecho y

a partir de ese nuevo paradigma es la de saber si, efectivamente, hay un cambio en las relaciones entre derecho y moral.

Según entendemos, aunque el neoconstitucionalismo aproxime el derecho de criterios valorativos y abra nuevas puertas de ingreso a contenidos antes restringidos al ámbito político – entre ellos, la moral–, no altera la relación entre derecho y moral de manera que imposibilite que se continúe sosteniendo la tesis positivista de la separación. Y esto debido a dos puntos fundamentales.

El primero se refiere al hecho de que la concepción neoconstitucionalista no defiende que el derecho deba estar condicionado por cualquier valor o norma moral. Según la doctrina neoconstitucionalista, la constitución debe prever contenidos materiales vinculantes de los respectivos ordenamientos jurídicos, con el fin de garantizar derechos mínimos, en general relacionados con la dignidad, además de que condicionan la aplicación de todas las reglas del ordenamiento. Este argumento puede ser denominado político, pues no guarda relación con el concepto de derecho, salvo en lo que debe contener una constitución. De esa forma, para el neoconstitucionalismo, solamente los valores positivados en las constituciones constituyen objeto del derecho. Los criterios morales que interesan al neoconstitucionalismo son solamente los positivados en la constitución y no cualquier ley moral. Hay, por lo tanto, diferencias considerables, al menos cuantitativas, en relación con la moral universal iusnaturalista. Por eso, es posible identificar un reconocimiento del carácter institucional del derecho, mismo por la concepción neoconstitucionalista.²²¹

del modelo de ciencia jurídica propias del positivismo, esto es, de la tesis de la neutralidad, la separación conceptual entre derecho y moral crítica, la adopción del punto de vista externo y el papel descriptivo de la ciencia jurídica. Desde finales de los sesenta dichos planteamientos han sido objeto de controversia por cierto sector de la filosofía jurídica y la dogmática constitucional, que ve la incorporación de principios constitucionales en los ordenamientos actuales como una vía de penetración de la moral en el derecho.” (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, cit., p. 19).

²²¹ En algunos casos, principalmente más al inicio de los movimientos constitucionalistas, pueden haber excepciones que rebasan al propio neoconstitucionalismo. Es citado por ALEXY el fallo del Tribunal Constitucional Alemán que representa bien estos excesos: “La sujeción tradicional del juez a la ley, elemento básico del principio de la división de poderes y, por tanto, del Estado de derecho, ha sido modificada en la Ley Fundamental, en todo caso en su formulación, en el sentido de que la actividad judicial está sujeta a la “ley y el derecho” (art. 20, párrafo 3). Con esto, de acuerdo con la opinión general, se rechaza un positivismo legal estrecho. La fórmula mantiene en pie la conciencia de que la ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial.” (BverfGE 34, 269). Conforme observa el propio ALEXY, “en fallos posteriores, el Tribunal Constitucional Federal se ha expresado,

Si el primer argumento propone una diferencia cuantitativa en relación con los contenidos de la moral positiva en comparación con la moral universal, el segundo se refiere a una diferencia cualitativa de los contenidos morales. A partir de la consideración del contenido indeterminado de los principios²²² y valores en las constituciones y la conexión de estos con elementos de la moral, es posible afirmar que, a través de ellos, está permitido el ingreso de contenidos morales en el derecho²²³, lo que imposibilitaría continuar sosteniendo la tesis de la separación. Como apunta A. GARCÍA FIGUEROA, “el reiterado recurso a lo ideal presupone un suerte de germen de corrección insito en el sistema jurídico que debe ser optimizado. Este presupuesto supone la base del antipositivismo. Una vez que el Derecho acoge ciertos principios en algunas cosas ciertamente imprescindibles para configurar un sistema jurídico, éstos abren paso a la argumentación en que el discurso real y el ideal se encuentran.”²²⁴

Pero es exactamente en éste punto “que cobra importancia la concepción de la constitucionalidad como una propiedad disposicional del Derecho”.²²⁵ Tal y como ya tuvimos la oportunidad de tratar en la parte relativa a la relación entre derecho y moral para la teoría positivista incorporacionista, los contenidos del derecho con correspondencia en la moral adquieren (o pueden adquirir) un sentido jurídico que no necesariamente será su sentido *ideal*, esencial, o filosófico. Esto es así porque, en el sistema jurídico, dependerán de criterios de autoridad y convergencia de los intérpretes para que adquieran su sentido jurídico.

por cierto, más cautelosamente con respecto a la elaboración judicial del derecho en contra del texto de la ley [...]” (ALEXY, R. *El concepto y la validez del derecho*, [trad. Jorge M. Señal], Barcelona: GEDISA, 2004, p. 17-18).

²²² Cuando trata de los principios ALEXY coloca que “el argumento de los principios dice que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, el derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de manera que crea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral.” (*El concepto de validez*, op. cit. p. 74). Este argumento es importante porque efectivamente destaca la existencia de los principios como puerta de entrada de los criterios morales, algo que entiende diverso del caso de las reglas²²². Sin embargo, es de todos conocido el pensamiento de HART, cuando ya afirmaba que incluso las reglas poseen contenidos indeterminados que permiten el ingreso de contenidos externos (*todo el derecho positivo posee una estructura abierta*). A esto, sin embargo, llamaba *discrecionalidad*.

²²³ Destacamos aquí que hay una gran diferencia entre defender una posición iusnaturalista en relación a la defensa de una posición antipositivista. Con relación a esta última, más actual y con argumentos más consistentes, y que tiene como grande exponentes a DWORKIN y ALEXY, no sostiene la vuelta al derecho natural como criterio último de validez, sino que el derecho posee una conexión necesaria con la moral. ALEXY, por ejemplo, define el derecho como “sistema normativo que incorpora una pretensión de corrección”, vinculando el propio concepto de derecho a una dimensión ideal (Dworkin) y normativa, lo que rompe con la “radical exclusión de elementos valorativos en la definición del derecho defendido por el positivismo metodológico.” (LOPERA MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, cit., p. 20).

²²⁴ GARCÍA FIGUEROA, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005, p. 180.

²²⁵ GARCÍA FIGUEROA, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, cit., p. 180.

Esto significa que la solución sobre el sentido jurídico atribuido a un término indeterminado que encuentra correspondencia en la moral, no será necesariamente resuelto por el mejor argumento, o sea, el sentido jurídico atribuido no será necesariamente el sentido más próximo del sentido moral. Es evidente que el sentido originario del término cuenta, pero su sentido jurídico estará condicionado a la convergencia de los intérpretes y, al final, a la autoridad. En este caso, por ejemplo, el sentido jurídico de dignidad, justicia o igualdad podrá ser de alguna forma diferente de su definición *ideal*. Asumimos, como presupuesto, que los intérpretes buscan alcanzar un sentido jurídico próximo del sentido moral, pero no es esa proximidad la que va a definir la juridicidad o no de la decisión.²²⁶

Así, parece posible percibir la importante distinción entre la moral (*itself*) y la moral positiva(da). De esta fina, pero considerable diferencia, resultan algunas concepciones sobre la tesis de la separación sostenida por el positivismo que entendemos equivocadas. Eso ocurre, por ejemplo, con DWORKIN, cuando llama a los principios normas de estructura abierta, previstas en los sistemas de *principios morales*. Parece precipitado definir los principios como principios morales, una vez que su contenido jurídico podrá ser algo diverso de su contenido moral ideal, pues jurídicamente dependerán de la convergencia y autoridad de los operadores jurídicos.²²⁷

A partir de esas consideraciones queda bien clara la diferencia entre la moral llamada *universal*, cuya definición es un proceso abierto a todos, y donde triunfa siempre el mejor argumento, de una moral positivada, cuyo sentido se restringe al

²²⁶ En este sentido, es relevante la observación que hace SASTRE en el sentido de que la consideración normativa de criterios morales provoca indudablemente un cambio en el derecho. Un cambio, concordamos, para mejor, *verbis*: “[...] desde el momento en que algunos estándares de moralidad han adquirido la condición jurídica en las constituciones, la tarea de determinar lo que el Derecho *dice* no puede ser concebida como una actividad totalmente científica u objetiva, ya que pueden entrar en juego las opiniones o las consideraciones morales.” (SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 252). Sobre esto hay que hacer dos consideraciones en direcciones opuestas: La primera, se refiere a las críticas que sufría el positivismo en el sentido del acriticismo que caracterizaba la ciencia del derecho. En el momento que penetran conceptos “morales”, o mejor, conceptos abiertos que hacen referencia a conceptos morales, la validez de las leyes encuentran en un documento jerárquicamente superior, la constitución, padrones materiales que deben respetar. De esta forma, el derecho crea elementos capaces de proporcionar una crítica valorativa interna, donde no se sigue ciega o acriticamente a la ley. De la misma forma, la posición superior de estos principios propicia razones para invalidar una ley cuando esta violara de forma intolerable el bien protegido. Esto constituye sin duda una influencia de criterios valorativos en el derecho, que amenizan las críticas al modelo decinómico de una actividad acritica de aplicación de las leyes.

²²⁷ Aunque se reconozca una influencia de criterios morales oriundos del propio sentido semántico que tienen los valores antes de ser incorporados al sistema jurídico, de forma que se puede entender bajo una óptica positivista la posición de ALEXI respecto a la pretensión de corrección.

ámbito jurídico. Estos dos sentidos podrán o no coincidir. Como observa Susanna POZZOLO,

Si la conexión de que se trata, por un lado, debería aparecer conforme a la prospectiva normativa del constitucionalismo (en cuanto doctrina de los límites del poder) y, por otro lado, debe ser alguna cosa que el positivismo jurídico niega, se trata entonces de la moral universal. Si el reenvío fuera a la moral universal no se podría operar ninguna reducción fáctica, ya que el reenvío no sería a alguna cosa que pudiera ser empíricamente revelada, sino a alguna cosa que es justa en sí mismo siempre: no está contingentemente determinada. En este caso, el reenvío a la moral universal pretendería objetivamente su sobrecordenación a las normas jurídicas, que encontraría justificación en su naturaleza de 'verdad' o de 'justicia' universal u objetiva. En este punto, sin embargo, surgiría el problema de identificación de los criterios aptos para individualizar ese tipo de moral, ya que en su ausencia el reenvío operado por el Derecho quedaría como letra muerta.²²⁸

Así, parece claro que esta nueva postura del intérprete en relación con la constitución y la presencia de valores, principios y normas de estructura abierta no son incompatibles con la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Primero, porque incluso la posición neoconstitucionalista considera la moral positivada –constitucionalizada– como jurídicamente relevante; y, en segundo lugar, porque los términos morales pueden adquirir un significado jurídico propio, dependiente solamente de la convergencia y autoridad de los intérpretes.

1.3.3 El neoconstitucionalismo como teoría del derecho

Con la consolidación del neoconstitucionalismo como ideología en el ámbito jurídico y en razón del cambio de posturas que trajo al derecho, no son pocas las voces que anuncian el fin del positivismo jurídico como teoría del derecho. No obstante, antes de analizar la posibilidad o imposibilidad de subsistencia de una explicación positivista al derecho actual, resulta importante verificar si el neoconstitucionalismo, además de su carácter ideológico, constituye también una teoría jurídica capaz de sustituir al positivismo jurídico en la conceptualización del derecho, explicando su formación y funcionamiento.

²²⁸ POZZOLO, Susanna. "Un constitucionalismo ambiguo", in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2. ed., 2005. p. 202.

Para tal tarea, conviene destacar que son varias las ideas neoconstitucionalistas que se proponen tratar del funcionamiento de los sistemas jurídicos. Algunas teorías están guiadas por un fuerte carácter ideológico; otras adoptan una posición realista, otras analíticas; y, por fin, existen algunas que pretenden combinar criterios ideológicos con descriptivos. Es más, ¿todas ellas pueden ser consideradas, en realidad, teorías del derecho?²²⁹ Después de haber tratado sobre esta cuestión, será objeto de esta investigación separar las proposiciones ideológicas del neoconstitucionalismo de aquellas otras que buscan constituir una teoría del derecho apoyada en el aspecto analítico. Tal diferenciación, entendemos, es esencial, ya que una de las consecuencias que se atribuye al neoconstitucionalismo es la de haber sustituido el positivismo como teoría del derecho. Si eso es correcto, además de analizar la compatibilidad de la concepción positivista con el derecho actual, es también necesario verificar si el neoconstitucionalismo es capaz de presentar una otra teoría del derecho que pueda sustituir a la concepción positivista.

Esa discusión relativa a la teoría del derecho trajo muchos problemas cuando hubo el cambio del modelo iusnaturalista al modelo iuspositivista, y ello porque las proposiciones defendidas por estas doctrinas resultaban evidentemente contrapuestas.²³⁰ La cuestión es que, mientras el derecho se caracterizaba por una concepción formalista o sustancialista, no había grandes dificultades en optar por una u otra para explicar al derecho. La discusión se ubicaba en un plan mucho más ideológico que propiamente científico. En ese caso, el posicionamiento ideológico determinaba también el posicionamiento científico. Así mismo, en el momento en el que se producen significativas alteraciones en los ordenamientos jurídicos – principalmente a partir de la incorporación en los textos positivados de derechos fundamentales, términos abiertos o con correspondencia en la moral, ubicados en la cumbre de los ordenamientos–, la relación de oposición entre positivismo y

²²⁹ Sobre el asunto advierte M. BARRANCO que en incluso en la doctrina española no son claros los criterios utilizados por los diversos autores para identificar el derecho. Conforme la opinión de la autora, “los autores españoles no utilizan los mismo criterios para determinar qué es Derecho y cuándo una norma es jurídica.” (BARRANCO AVILÉS, M. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. cit., p. 55).

²³⁰ Como hemos sostenido en el Capítulo I, el iusnaturalismo no viene a presentar una contradicción con la teoría del derecho positivista porque la concepción de la teoría del derecho en el sentido de explicar el derecho y su funcionamiento científicamente puede ser atribuida a la propia doctrina iuspositivista. El iusnaturalismo es, por lo tanto, anterior. Segundo, porque esta no era una preocupación iusnaturalista, que se preocupaba principalmente por definir los contenidos del derecho, no su concepto descriptivo.

iusnaturalismo deja de ser tan evidente. A pesar de esto, el cambio de postura de los intérpretes, considerando el carácter normativo de la constitución y adoptando una posición activa que destaca la interpretación como fuente de derecho, es posible verificar una interesante mezcla entre criterios formales y materiales, aproximando también concepciones formalistas o materiales sobre el concepto de derecho.²³¹

De esa manera, el desafío que se presenta para la teoría del derecho actual es la de ser capaz de explicar ese nuevo derecho que se presenta. Ante ese desafío, ¿puede el neoconstitucionalismo ser considerado una nueva teoría del derecho?

Cuando nos proponemos analizar la compatibilidad del positivismo jurídico con el neoconstitucionalismo, buscamos hacerlo a partir de la teoría general del derecho, o sea, con los ojos de una teoría que se propone describir el derecho que es, explicando su funcionamiento a partir de datos concretos, empíricos. Como no podría dejar de ser, el estudio de la actualidad del positivismo solamente tiene lugar a partir de los objetivos de éste: el estudio de orden jurídico, la sistematización, la interpretación y la descripción de las normas vigentes en la sociedad, a fin de que sea posible formular un conjunto homogéneo de proposiciones racionalmente controlables.

La teoría del derecho, tal como es concebida a partir del positivismo jurídico, se propone construir una ciencia jurídica y, como ciencia, no puede confundir su objeto con la teoría, o sea, no puede confundir el derecho con la ciencia del derecho. La teoría del derecho, no obstante, puede tener distintas definiciones en la doctrina; será tomada en cuenta para los fines de este estudio como la ciencia jurídica descriptiva y analítica del sistema jurídico, que identifica los criterios de pertenencia de las normas al sistema jurídico y que define la lógica y la relación presentada por los diferentes componentes del sistema jurídico. La tarea será entonces *descriptiva*, en el momento en que procura describir las relaciones normativas, las fuentes normativas o las funciones que ejercen otros elementos en el sistema jurídico. Será

²³¹ Como apunta BARRANCO, "existen ciertos rasgos de las Constituciones contemporáneas, que tienen que ver con los derechos fundamentales, y que hacen hablar de un 'cambio de paradigma' en el Derecho vigente, que de producirse nos obligaría a afirmar que los juristas positivos han dejado de ser formalistas. Y es que cuando estamos hablando de 'derechos fundamentales', la definición del objeto de la Teoría del Derecho se hace si cabe más compleja." (*sic*) (BARRANCO, M., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 56).

también *analítica*, pues se permite hacer afirmaciones y establecer conceptos con relación al derecho.²³²

Este será, por lo tanto, el abordaje que se propone la presente investigación. Un abordaje analítico-descriptivo, donde la teoría se ubica en un plan distinto de su objeto. Tal como considera B. BIX, un abordaje descriptivo es diferente de uno prescriptivo, porque no se permite criticar la situación de hecho y proponer que siga su teoría. Por el contrario, exige que sus afirmaciones se correspondan con la realidad. Si no encuentra esa correspondencia, es la teoría la que debe ser alterada, no la realidad.²³³

De esa forma, consideramos verdaderamente como teoría del derecho aquella teoría que se propone un abordaje descriptivo, de análisis de la práctica jurídica, lo que es completamente diferente de una posición prescriptiva que establece los criterios sobre cómo debería portarse el sistema jurídico. Este último abordaje es extremadamente importante como posición crítica, además de válida como argumento ideológico. Incluso, no nos parece apropiada como teoría del derecho, la cual busca el tratamiento del derecho como ciencia, por lo que debe ofrecer una posibilidad de comprobación empírica.

Tal como se ha comentado en la primera parte de este capítulo, la adopción de una perspectiva más descriptiva o más prescriptiva, de alguna manera, hace menos evidente la contraposición entre positivismo e iusnaturalismo, ya que este último siempre se caracterizó como una teoría de características altamente prescriptivas, partiendo siempre del dogma según el cual el derecho debe estar siempre de acuerdo con el derecho natural. Este dogma iusnaturalista no tenía en consideración en la práctica jurídica, los hechos sociales, es decir, una postura empírica; sino que determinaba el comportamiento que deberían tener los jueces.

²³² Como define B. BIX: "Las teorías del derecho son frecuentemente catalogadas como 'analíticas' o 'conceptuales' – tales teorías generalmente pretenden ser 'descriptivas', en el sentido de que pretenden describir el modo en que las cosas son antes que criticar o prescribir –. De todos modos, tales teorías no son generalmente 'meramente descriptivas', en el sentido en que, en esos casos, los teóricos están haciendo algo más que el mero reporte de datos u observaciones. Además, hay algunos teóricos para los cuales no está claro si sus teorías son mejor comprendidas como conceptuales o como 'meramente' descriptivas." (BIX, B., *Teoría del Derecho: ambición y límites*. [trad. Pablo E. Navarro et. al.] Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 19-20).

²³³ Según B. BIX: "La tarea del teórico descriptivo será inevitablemente más difícil y más inestable que la tarea de alguien que asume un papel puramente prescriptivo. El teórico prescriptivo puede afirmar descaradamente 'cualesquiera hayan sido las decisiones pasadas y las prácticas pasadas, el modo justo (o prudente, o eficiente, o pragmático) de continuar es el siguiente.' [...] "El teórico descriptivo, que intenta describir lo que es, y no sólo cómo piensa que las cosas *deberían ser*, no tiene ese lujo, y está para siempre subordinado a lo que *en realidad sucede*." (BIX, B. *Teoría del Derecho: ambición y límites*. cit., p. 78-79).

Esto es así, porque constituye para el derecho más un proyecto que una verdadera ciencia jurídica. Esta diferencia, entendemos, constituye un punto fundamental para la comprensión del neoconstitucionalismo y de su compatibilidad con el positivismo jurídico.

Una vez definido el sentido de *teoría del derecho* para los fines de esa investigación, se hace posible comprender el carácter doble que atribuimos a la teoría neoconstitucionalista. En un primer sentido, el término designa una teoría o idea sobre la necesidad de la presencia de contenidos materiales como criterios últimos de validez, los cuales demandan un método nuevo de interpretación y una postura más activa por parte de los tribunales. En un segundo sentido, procura presentarse como una teoría que se propone a definir y explicar algunos elementos estructurales de los sistema jurídico y político, cuando asume pretensiones de una nueva teoría del derecho. Ese carácter doble se revela, por lo tanto, a través de definiciones complementarias, pero sustancialmente diversas, ya que una actúa en el campo ideológico y la otra en la teoría del derecho.

1.3.3.1 Neoconstitucionalismo como ideología

Antes de ingresar en el análisis del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, es necesario exponer un poco más su faceta ideológica o prescriptiva, es decir, su preocupaciones sobre lo que *debe* estar previsto en los ordenamientos jurídicos. En esta línea, se destacan las posiciones neoconstitucionalistas que propone un cambio de actitud por parte de los operadores jurídicos y la necesidad de que los ordenamientos incorporen determinadas normas para que sean reconocidos como verdaderos sistemas jurídicos. Tal es la obligatoriedad de esa postura que, dependiendo del grado de cumplimiento de esas “características obligatorias”, un determinado sistema jurídico será clasificado como más o menos constitucionalizado.

Como se ha mostrado, el derecho puede ser explicado a partir de varias perspectivas: ética, política o jurídica. Incluso, la teoría del derecho se ocupa solamente de esta última dimensión. Cuando verificamos algunas de las proposiciones neoconstitucionalistas como las antes descriptas, es posible identificar

muchas que son marcadamente prescriptivas, asumiendo un carácter mucho más político o moral que haciendo un análisis descriptivo del derecho que es.

Sin embargo, muchas de esas *prescripciones* son frecuentemente utilizadas como argumentos para sostener la incompatibilidad de la explicación positivista para el derecho actual (o a un sistema jurídico que sigue a las prescripciones neoconstitucionalistas). Pero, a veces, en la discusión sobre la teoría del derecho actual, son confrontados los argumentos ideológicos neoconstitucionalistas con argumentos ideológicos de un positivismo ultrapasado, que nadie más sostiene. No hay nada en contra de la confrontación entre argumentos ideológicos, pero estos no pueden ser confundidos con la discusión sobre la teoría del derecho.

También en ese sentido, la reducción del neoconstitucionalismo a su versión ideológica es perjudicial para la construcción de una teoría general del derecho, capaz de ser aplicada a cualquier ordenamiento jurídico. Si consideramos la posibilidad de existencia de un ordenamiento jurídico que no prevé criterios materiales de validez en la constitución o que no presenta una tutela adecuada de esos derechos, no podemos decir que pueda dejar de ser un ordenamiento jurídico. En tal caso son tratados por la corriente ideológica neoconstitucionalista como de ordenamientos constitucionalmente deficientes. Así, tal y como tratamos al analizar la pretensión de corrección del derecho, resulta evidente que esta ideología no está preocupada por definir lo que es jurídico o no, sino por atribuir características que deben ser seguidas.²³⁴ Es, por lo tanto, una importante teoría política, pero no jurídica.

Este hecho, debe quedar muy claro, no constituye de ninguna forma una crítica al neoconstitucionalismo, sino que solamente hace hincapié en la necesidad de la consideración de una determinada teoría en su respectivo campo de actuación. Como teoría prescriptiva debe actuar en un campo distinto de la teoría del derecho. Solamente por la aceptación de esa ideología crítica fue posible todo un cambio en el modelo jurídico de algunos ordenamientos, los cuales también se encontraban bajo la dominación de la *ideología positivista*.²³⁵ Como observa SASTRE ARIZA, el

²³⁴ Respecto a estos ordenamientos no dotados de derechos fundamentales, de jurisdicción constitucional, de constitución normativa, etc., porque así no actúan los jueces o no lo prevé la constitución, serían para el neoconstitucionalismo sistemas jurídicos deficitarios. Luego, tal como visto cuando analizada la crítica de BULIGYN a ALEXEY, el objetivo no es una concepción de derecho, sino una ideología sobre el derecho ideal.

²³⁵ Por más contradictorio que esto pueda parecer respecto a lo que hemos sostenido en este estudio utilizamos el término "ideología positivista" para relacionarlo con lo que es conocido como positivismo ideológico, que, aunque, estuviere

término neoconstitucionalismo lo vienen utilizando para designar un “*nuevo modelo jurídico*”.²³⁶ Un nuevo modelo que debe ser analizado y explicado por la teoría del derecho, lo cual es muy diferente de constituir una nueva teoría del derecho. Es en ese sentido la lección de Luis PRIETO, *verbis*:

De este modo, el constitucionalismo aparece como el mejor banco de pruebas de la nueva teoría del Derecho y ésta, a su vez, como una óptima justificación del modo de actuar de aquél. El constitucionalismo, en efecto, acostumbrado a trabajar con valores y principios, que son jurídicos pero también morales, así como a escrutar la validez/justicia de las normas a la luz de los mismos, permite confirmar (al menos en los países donde existe Constitución pluralista, pero esto a veces se olvida) lo acertado de una ciencia del Derecho del participante justifica y estimula al constitucionalista en la búsqueda de las mejores respuestas morales a los problemas jurídicos, otorgando carta de naturaleza a lo que, por lo demás, ya era sabido: la función justificadora y no meramente descriptiva de la dogmática.²³⁷

Esta concepción exitosa sobre cómo *debe* funcionar el sistema jurídico, decurrente de la parte prescriptiva o ideológica de la teoría neoconstitucionalista, constituye, así, el nuevo objeto de la teoría del derecho, y no una nueva teoría del derecho. Como observa SASTRE ARIZA, el modelo de derecho que ahora se presenta es “el que se deriva de la conjunción entre el observador normativo y el observador empírico”.²³⁸ Si esto es así, quizás nunca la teoría del derecho haya estado tan próxima de explicar el derecho que *es*. Altera, sin duda, el foco eminentemente normativo del estudio del derecho por un análisis que considera también la práctica jurídica.

El neoconstitucionalismo importará, entonces, en un nuevo paradigma para la teoría del derecho. Consiste en una nueva ideología que, debido a su gran aceptación por la comunidad jurídica, determinará la revisión de muchas de las tesis

relacionado con el positivismo como teoría del derecho, no puede ser confundido con este- aunque esta confusión sea muy frecuente.

²³⁶ SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, cit., p. 239.

²³⁷ Luis PRIETO, “El constitucionalismo de principios”. cit., p. 144.

²³⁸ Conforme el autor: “Si este planteamiento no es equivocado, el modelo de ciencia jurídica que parece más adecuado es el modelo que se deriva de la conjunción entre el observador normativo y el observador empírico; es decir, un modelo que no se caracteriza por su naturaleza unidimensional sino por ser normativista y realista al mismo tiempo, de manera que la ciencia jurídica se convertiría en una ciencia normativa y empírica. Esto implica dejar a un lado la tesis kelseniana de la autonomía o la independencia de la ciencia jurídica respecto del resto de las ciencias como camino para conseguir convertirla en una verdadera ciencia. El carácter empírico de la ciencia jurídica podría suponer, frente al modelo dogmático tradicional, un acercamiento a la sociología del Derecho, sobre todo con vistas a explicar cómo funciona y a verificar si cumple los fines que persigue el Derecho. Y, por otro lado, es preciso desenmascarar los aspectos valorativos que aparecen en la determinación del Derechos válido sin que esto suponga un ataque directo al positivismo jurídico, pues éste sigue en pie mientras se defiende una noción neutral de Derecho válido, como ya se ha indicado.” (ARIZA, Santiago Sastre. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. cit., p. 230).

positivistas, principalmente en la tarea de explicar la penetración de contenidos morales en los ordenamientos jurídicos.²³⁹

1.3.3.2 Neoconstitucionalismo teórico

Actualmente, no son pocas las opiniones en el sentido de la insuficiencia de una teoría del derecho que deja fuera del concepto de derecho elementos éticos o morales, tal como ocurre con el positivismo jurídico. A partir de las formulaciones neoconstitucionalistas, algunas posiciones *antipositivistas*, como las de ALEXY y DWORKIN, procuran demostrar la insuficiencia del positivismo jurídico como teoría del derecho. Se limitan, incluso, a las críticas, dejando de presentar una nueva teoría que lo pueda sustituir. Hay, sin embargo, posicionamientos en el sentido de que un rescate de puntos relativos al iusnaturalismo constituiría la mejor forma de explicar el derecho actual, ya que éste se caracterizaría por asumir elementos morales como parte esencial de su contenido. En fin, entre los neoconstitucionalistas, se observa una parte doctrinaria que procura construir una teoría del derecho propia. En relación con estos últimos, sostiene COMANDUCCI que “mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico.”²⁴⁰

²³⁹ Como sintetiza Luis PRIETO: “...la dimensión conceptual y metodológica del neoconstitucionalismo, que ya fue aludida en el capítulo precedente, representa una revisión de algunas de las tesis centrales del positivismo, al menos de la versión más ortodoxa de este último, y, de forma muy esquemática y simplificadora, puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, al menos allí donde existe ese modelo cabe sostener un conexión necesaria entre el Derecho y la moral. A su vez, de aquí se pueden derivar varias consecuencias: la primera es que la validez de las normas o decisiones ya no depende de su mera existencia u origen social, sino de su adecuación formal y sustantiva a la Constitución y, más aún, de su consistencia práctica con ese horizonte de moralidad que preside y se recrea en la argumentación constitucional. La segunda consecuencia, que tal vez pudiera llamarse constitucionalismo dogmático, implica una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del científico del Derecho.” (PRIETO, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. cit., p. 103).

²⁴⁰ COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., p. 83.

Así que, además de un carácter ideológico anteriormente tratado, es también posible identificar un neoconstitucionalismo como teoría de derecho, lo cual llamaremos *neoconstitucionalismo teórico*. Esta corriente sustentará –además del argumento antipositivista de que los cambios generados por el neoconstitucionalismo como ideología son tan profundos que demandan una nueva teoría del derecho– que el neoconstitucionalismo puede constituir una verdadera teoría del derecho.

Sobre esta dimensión del neoconstitucionalismo, nos parece necesario analizar, inicialmente, la concepción de constitución y de las funciones atribuidas a ésta en el sistema jurídico. A partir de ahí será posible hacer las primeras consideraciones sobre la consistencia del neoconstitucionalismo teórico como nueva teoría del derecho. La definición de constitución, como conjunto de normas positivadas y reunidas en un documento jurídico, y que ocupan la cumbre de los ordenamientos jurídicos es común tanto en la concepción teórica como en la ideológica del neoconstitucionalismo. Sin embargo, para que sea posible presentarla como nueva teoría del derecho es necesario, primero, identificar algún punto del derecho actual que sea incompatible con la explicación positivista. En esa línea, ya fue analizada anteriormente la compatibilidad de las teorías positivistas más actuales con la presencia de contenidos valorativos o relacionados con la moral en las constituciones. Resta, por lo tanto, al *neoconstitucionalismo teórico* la defensa de una concepción diversa de fundamentación de la constitución, la cual puede no contar con una correcta justificación positivista.

Como antes he analizado, el positivismo ofrece una explicación clara para las funciones y orígenes de la constitución. En ese aspecto, el *neoconstitucionalismo teórico*, como apunta P. COMANDUCCI, propone una explicación para la constitución que rebaja su mero carácter normativo. La constitución, para esta concepción, sería una norma que, además de su superioridad, posee “determinados contenidos a los cuales se atribuye valor especial.”²⁴¹ Si eso es correcto, para el neoconstitucionalismo teórico la constitución no es solamente una norma, sino que también está dotada de un valor intrínseco, o sea, constituye valor en sí misma.

²⁴¹ Citación de DOGLIANI, M., *Introduzione al diritto costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 14. Vid. también en COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.”, cit. p. 84 y ss.

A partir de esa concepción, el *neoconstitucionalismo teórico* acaba por identificar la constitución al mismo tiempo como norma y meta-norma. Tal posición, nos parece, acaba por incurrir en el mismo error cometido por el *legalismo*, cuando necesitaba presentar una explicación convincente para la posibilidad de falta de eficacia del derecho, determinando que la obediencia al derecho constituía un valor en sí mismo.²⁴² De esa forma, acaba por insertar un carácter ideológico que no es adecuado a una teoría del derecho.²⁴³ A partir de la consideración de la constitución como meta-norma, el neoconstitucionalismo presenta, como lo hacía el iusnaturalismo, un dogma que, por definición, no puede ser contrapuesto a hechos concretos. Evita una explicación para el caso de ese dogma no ser seguido por el sistema, lo que reprisa los problemas de justificación de una eventual falta de eficacia de la constitución. No parte de una descripción de una actuación de la realidad jurídica, pero de una idea de derecho ideal.

Conviene recordar que la propia teoría positivista, en una de sus versiones, incurre en el mismo error, o sea, de hacer suposiciones al carácter meta-normativo de la constitución. Cuando tratamos de la doctrina de KELSEN, fue constatado que, considerado el punto de vista meramente jerárquico, la constitución podría ser la propia norma fundamental en el caso de constituciones rígidas. Es más, desde el punto de vista lógico, la norma considerada suprema debería ser aquella que posibilitara la revisión de la constitución, ya que determina los criterios de alteración de sus propias normas. Sería, por tanto, una meta-norma, presupuesta, colocada por encima de la constitución y que no puede ser probada.

Pues, considerando el carácter descriptivo a lo que se propone la teoría del derecho, esta experimenta –según entendemos– un avance considerable a partir de la concepción hartiana, la cual libera el sistema jurídico de la dependencia de cualquier meta-norma. Resuelve, así, el problema de la falta de eficacia de esa

²⁴² Sobre esto explicaba GUASTINI: "Il legalismo, infatti, non è propriamente una teoria del diritto, né una teoria della scienza giuridica. Si tratta piuttosto di una teoria della morale (una meta-etica, appunto), secondo la quale si deve obbedire al diritto positivo, c'è un obbligo morale di obbedire alle norme del diritto esistente. Da questo punto di vista, si noti, il diritto non è un insieme di norme qualsivoglia: è un sistema di norme obbligatorie o vincolanti." GUASTINI, Ricardo. "Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico" in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1991, p. 338-339.

²⁴³ No es propio porque una teoría del derecho se propone a explicar la *praxis jurídica*, es decir, el derecho que es. Cuando la ideología se mezcla con a la teoría del derecho, la no observación de la ideología (que es algo político, no jurídico) importa en la insuficiencia de la teoría. Utilizamos, así, el paradigma del positivismo ideológico porque este presentaba una fuerte ideología mezclada con la teoría del derecho.

meta-norma, punto siempre abierto en esas concepciones.²⁴⁴ Al considerar la regla de reconocimiento como absolutamente dependiente de su eficacia, permite imprimir al estudio del derecho un carácter empírico, no ideológico.

Volviendo a la tesis del *neoconstitucionalismo teórico*, la consideración de la constitución como norma que posee un valor implícito, o sea, también como meta-norma, además de no ser demostrable, parece asemejarse mucho al legalismo, cuando procura condicionar la actividad política y jurídica a partir de la idea de que la norma posee un valor en sí misma.²⁴⁵ Mezcla, por lo tanto, campos científicos diversos, lo que no parece adecuado a una teoría del derecho.

La consideración de la constitución indica, de acuerdo con esa concepción, que debe ser obligatoria y correctamente observada.²⁴⁶ Su no observación o aplicación deficiente, en algún caso, contaminaría una decisión como no jurídico. De esa forma, incurrirá en la misma deficiencia relatada en relación con el positivismo, de no explicar los casos dónde no aplicada la constitución por los tribunales, o en los casos donde su aplicación ocurre de forma desvirtuada de su sentido “más correcto”. Por tanto, por un lado no explicaría los casos de las normas eficaces y no-válidas. Por otro, el entendimiento de que las normas ya tendrían un significado acabado, tal como sostenía el iusnaturalismo, determinaría un problema de validez cuando no es aplicada en su “sentido correcto”. En ambos casos, quedaría perjudicada la autoridad del derecho que guía toda la teoría del derecho basada en la práctica jurídica.

Así que entendemos que el neoconstitucionalismo como teoría del derecho parece dedicar demasiado esfuerzo a la dogmática y, por eso, presenta una

²⁴⁴ Conforme GUASTINI: “[...] si può parlare di una norma fondamentale, per riferirsi a quella che alcuni chiamano *rule of recognition*, o norma di riconoscimento, cioè la meta-norma che governa l’identificazione di ogni altra norma in quanto membro del sistema giuridico di cui trattasi. Da questo punto di vista, in tutti i sistemi giuridici sviluppati, la norma fondamentale non è una singola norma, ma piuttosto un insieme di norme: precisamente, l’insieme delle meta-norme sulle fonti di diritto.” (GUASTINI, Ricardo. “Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico” in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1991, p. 344).

²⁴⁵ “La ricerca di un fondamento per il carattere obbligatorio della costituzione è dunque il tentativo di trovare una risposta al problema dell’obbligo politico. Siffatto problema appartiene all’orizzonte ideologico del legalismo, ma è del tutto estraneo al positivismo giuridico scientifico in entrambe le sue versioni. Dal punto di vista del positivismo scientifico, la costituzione non è obbligatoria, né non obbligatoria. Dunque, anche la problematica della <norma fondamentale> appartiene, a sua volta, al legalismo. Per chi ammetta che, nei vari sistemi giuridici, non vi sono né norme meta-costituzionali né norme sovra-costituzionali, la norma fondamentale non può che essere una norma extra-giuridica (o meta-giuridica).” (GUASTINI, “Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico”, cit., p. 345).

²⁴⁶ Veamos aquí la semejanza con la *grundnorm* kelseniana.

concepción que resulta mucho más ideológica que descriptiva. Parece mucho más preocupado por condicionar el político que por describir los sistemas jurídicos.²⁴⁷

1.3.4 Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo

Tal y como tuvimos la oportunidad de tratar más arriba, la concepción iusnaturalista sobre el derecho siempre estuvo más preocupada por atribuir contenidos materiales al derecho que, en sentido estricto, por explicar el funcionamiento del sistema jurídico. Su concepto de derecho se caracteriza por un condicionamiento al derecho natural, criterio último de validez de cualquier norma jurídica. Proponía el iusnaturalismo la construcción de un sistema condicionado al derecho natural, fundamentado mucho más en el contenido de esos sobre derechos de lo que en la práctica jurídica. Así, su explicación era eminentemente prescriptiva, no comprometida con hechos concretos. En razón de la intangibilidad del derecho natural, la moral presente en el derecho era la moral universal, la que demandaba la *única solución correcta* para todos los casos a ella sometidos. Tales características debilitaban la autoridad institucionalizada, ya que, al final, es el mejor argumento, la mejor solución, que debería prevalecer, independientemente de quien lo profiriera.

No hay dudas de que con el neoconstitucionalismo se renuevan –además de las críticas al positivismo jurídico²⁴⁸– algunas de las proposiciones iusnaturalistas sobre un derecho relacionado a valores materiales. Eso quizá pueda ser atribuido al énfasis que da el neoconstitucionalismo a la presencia de criterios materiales en las constituciones, principalmente en relación con los derechos fundamentales. Además, la presencia de principios y normas abiertas que abundan en las constituciones actuales traen a la comunidad jurídica un debate mucho más intenso sobre el contenido valorativo del derecho. De esa forma, no es difícil que encontremos muchas semejanzas entre las propuestas neoconstitucionalista y iusnaturalista.

²⁴⁷ Conforme explica GUASTINI la *grundnorm* de KELSEN no es otra cosa que un argumento en favor de una conclusión normativa: que la constitución é obligatoria y debe ser observada. "Ma da questo punto di vista, non c'è una norma fondamentale: vi sono tante norme fondamentali quanti sono gli argomenti che si possono avanzare per giustificare la <forza vincolante> della costituzione." (GUASTINI, R., "Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico", cit., p. 346).

²⁴⁸ Vid. punto referente a la conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Ante estos puntos de convergencia de los argumentos antipositivistas que guían ambas teorías y de la consideración de la insuficiencia del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, ¿sería posible decir que el iusnaturalismo podría ser considerado la teoría del derecho más adecuada para explicar el neoconstitucionalismo?

Nuestra posición –conforme parece ya haber quedado bien claro– es negativa, porque el reconocimiento de una conexión necesaria entre el derecho y la moral acaba por desvirtuar los ordenamientos jurídicos del sentido de autoridad. De acuerdo con el iusnaturalismo, no hay una simple conexión entre el derecho y la moral, sino una prevalencia de ésta en relación con el derecho. Así, tal argumento invalida cualquier argumento de autoridad, el cual consideramos fundamental para el mantenimiento de un sistema jurídico.

Por lo tanto, aparte de la citada cuestión, deben ser resaltadas algunas contraposiciones insuperables entre neoconstitucionalismo e iusnaturalismo. La principal de ellas se refiere a las diferencias sustanciales entre constitución y derecho natural, bases de fundamento de las dos teorías.

1.3.4.1 Constitución y derecho natural

La concepción iusnaturalista, como se ha visto, se caracteriza por una concepción dualista sobre el derecho existente. Reconoce la posibilidad de la existencia de un derecho, incluso organizado jerárquicamente, pero condiciona la validez de ese derecho a su adecuación al derecho natural.²⁴⁹ Tal concepción dualista choca, conforme entendemos, con dos puntos centrales de la doctrina neoconstitucionalista.

En primer lugar, porque la posición de la constitución como norma jerárquicamente más alta del ordenamiento jurídico no es compatible con una

²⁴⁹ En este sentido la ya citada síntesis de C. S. NINO, según el cual, aunque puedan existir algunas concepciones distintas del pensamiento iusnaturalista, existe la posibilidad de excluir de esta clasificación cualquier afirmación que no cumplan necesariamente estos dos requisitos: "a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de 'jurídicos' si contradicen aquellos principios morales o de justicia." (NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derechos*, Barcelona: Ariel, 1987, p. 28).

concepción dualista.²⁵⁰ Para el neoconstitucionalismo, por más que puedan corresponder los valores morales con los previstos en las constituciones, éstas no pueden estar condicionadas por el derecho natural.²⁵¹

Por otro lado, ante la imposibilidad de considerar el derecho natural como superior y condicionante de la constitución, para adecuar las teorías se podría proponer la identificación de la constitución con el derecho natural, conciliando, así, ese desacuerdo. Si consideramos que ambas constituyen criterios últimos de validez, que son las normas de jerarquía más alta de los sistemas y que prevén criterios valorativos y materiales, sería posible la defensa de tal identificación. Sin embargo, tal solución parece todavía menos aceptable, ya que la concepción de constitución exige la observancia de aspectos relativos a legitimidad, origen y contenido considerablemente diversos de los del derecho natural. Según Luis PRIETO, aunque se puedan encontrar algunos puntos de convergencia entre constitución y derecho natural, su fundamentación y legitimación son diametralmente opuestos:

La constitución opera frente a la ley del mismo modo que lo hacía el Derecho natural, esto es, ofreciendo criterios sustantivos de legitimidad, lo que en modo alguno es equivalente a la existencia de un Derecho suprapositivo en el sentido de supraempírico o al margen de las convenciones humanas. Al contrario, «las Constituciones reflejan el “orden natural” histórico concreto de las sociedades secularizadas y pluralistas, en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un derecho natural con fundamento teológico ni racionalista»; más rotundamente, «el derecho natural no sería compatible con la democracia en su sentido actual.²⁵²

²⁵⁰ En conformidad con esta posición de la constitución respecto a todas las demás normas jurídicas el constitucionalismo sostiene la posibilidad de condicionar el poder político (así como no depender de este), imponiendo límites materiales no solamente al derecho, sino también a la política y a la administración. En este sentido, sostiene de forma claramente ideológica la necesidad de que las constituciones, para ser consideradas avanzadas (veamos que no “jurídica”) deban contemplar contenidos materiales, derechos fundamentales y contar con una actuación judicial que trate lo previsto en la constitución como verdaderas normas jurídicas y no meras promesas políticas.

²⁵¹ Sobre esto trata R. GUASTINI cuando considera que solamente los ordenamientos que poseen una constitución rígida pueden ser considerados constitucionalista en el sentido atribuido a este movimiento. “Ciertamente, casi todas las Constituciones contemporáneas son escritas y, al mismo tiempo, rígidas. Sin embargo, conviene subrayar que la constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos en los cuales – según la doctrina de los juristas y, lo que más cuenta, según la jurisprudencia de los tribunales constitucionales –, existen principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. El conjunto de los principios ‘inmutables’ es lo que algunos llaman la ‘Constitución material’ (en uno de los muchos sentidos de esta equívoca expresión).” (in “La <Constitucionalización> del ordenamiento jurídico”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 51).

²⁵² Luis PRIETO, “El constitucionalismo de principios”, cit., p. 146. (citaciones de G. Zagrebelsky).

A diferencia del derecho natural, la fuente del constitucionalismo es democrática y en razón de eso, como observa ZAGREBELSKY “aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva”.²⁵³ Una identificación entre constitución y derecho natural rompe con el origen democrático de la constitución, precio que el neoconstitucionalismo no parece dispuesto a pagar. Aunque la constitución imponga límites al poder de decisión de las mayorías, no deja de tener orígenes políticas. Confundir la constitución neoconstitucionalista con el derecho natural iusnaturalista quita aquello que parece ser la principal característica de la constitución –el pluralismo–, o, como observa Luis PRIETO, “conduce a una suerte de ‘absolutización’ de la Constitución, a una legalización de la moral o, lo que es lo mismo, a la peor versión del positivismo, que es el positivismo ético o ideológico: si la Constitución es el derecho natural fácilmente puede sentir la tentación de compartir con éste su pretendido carácter – históricamente siempre desmentido– de «verdad indiscutible».”²⁵⁴

Por último, es importante referir que la consideración de que una vuelta al derecho natural causaría serios problemas a la función epistémica del derecho, lo que no parece ser asumido por la posición neoconstitucionalista, que se mantiene fiel a las fuentes oficiales del derecho. Aunque sostenga ideológicamente la necesidad de que las constituciones contengan criterios materiales, no deja de considerar a los sistemas que no los contemplen como jurídicos, sino como ordenamientos constitucionalmente deficientes.²⁵⁵ Incluso, en relación con la carga valorativa de los ordenamientos, el neoconstitucionalismo no puede ser identificado con el derecho natural, porque reconoce como contenidos determinantes al derecho solamente aquellos valores incorporados a través de la positivación constitucional.

²⁵³ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil.*, cit., p. 178.

²⁵⁴ PRIETO, L., “El constitucionalismo de principios”, cit., p. 151.

²⁵⁵ “Lo contrario sería, a mi juicio, abandonar la pretensión descriptiva del fenómeno jurídico que ha de presidir toda teoría del Derecho. Ciertamente es que el texto constitucional dotado de valores superiores y derechos fundamentales es una realidad que se ha extendido en ciertos sistemas jurídicos. Pero, ni en todos es así, ni tiene por qué ser necesariamente así. Es posible construir la estructura típica de los sistemas jurídicos allí donde no existen los derechos fundamentales, o donde se constata una concepción de justicia radicalmente diferente a la que nosotros podamos tener. Podrá discutirse sobre su moralidad o no – cuestión que nos ubica en el mismo centro del debate moral –, pero lo que quizá no deba hacerse sea negar, por ese hecho, su carácter jurídico. De hacerse así, ese texto jurídico llamado Constitución vendría a desempeñar, ahora, la función que históricamente ha cumplido ese conjunto de preceptos normativos llamado Derecho natural. Y, en consecuencia, a esta pretensión le serían de aplicación todas y cada una de las críticas que, también históricamente, se han venido formulando contra el iusnaturalismo desde el positivismo jurídico.” (ESCUADERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico.*, cit., p. 262-263).

Es fuerte, por lo tanto, el legado del derecho positivo en la doctrina neoconstitucionalista. En el aspecto cualitativo, también se observa que los valores incorporados por las constituciones son, para la doctrina neoconstitucionalista, valores cuyo sentido está construido dentro de una realidad actual, históricamente ubicada; algo muy diverso de la moral universal iusnaturalista, cuyo contenido era tenido por atemporal, universal e inalterable. Los valores constitucionales son, por lo tanto, los definidos por el constituyente y tiene el sentido determinado dentro de los ordenamientos, por lo que cambian *cuantitativa y cualitativamente* en relación con el derecho natural, variando de ordenamiento para ordenamiento. Más importante aún, son considerados como un proyecto inacabado, dependiendo de las condiciones económicas, políticas y de convergencia, todas posteriores a su previsión normativa. Tal como explica Dieter GRIMM:

La constitución normativa encuentra siempre una constitución empírica previa y debe imponerse a ella. En tales circunstancias la relación entre ambas, la pretensión jurídica y la acomodación a los hechos (por lo demás, no investigada a fondo) no es unidireccional, sino de ida y vuelta. Los objetos de regulación del derecho constitucional tienen su propia dinámica y consistencia, lo cual repercute, a su vez, en la comprensión y aplicación de las normas constitucionales; a la inversa, su efectividad está determinada por la circunstancia de que operan en el plano simbólico del derecho. De ahí que las constituciones no puedan cambiar la realidad de forma inmediata, sino sólo influir indirectamente. Influencia que descansa en la posibilidad de legalizar o ilegalizar las relaciones de poder existentes y, de este modo, fortalecerlas o debilitarlas. [...]

Naturalmente, el equilibrio es delicado y la efectividad de una constitución jurídica elaborada sin tener en cuenta la constitución empírica hay que considerarla, desde un principio, de escasa importancia.²⁵⁶

De esta forma, la comprensión de la constitución como un proyecto inacabado confronta frontalmente con la concepción iusnaturalista de moral universal, la que, además de atemporal y universal, es un proyecto acabado.²⁵⁷ *La única solución*

²⁵⁶ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales. Tit. Or. Die Zukunft der Verfassung* [trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón], Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 34-35.

²⁵⁷ A partir de la consideración de un sentido temporal, territorial y contingente a un valor situado ya nos alejamos un poco de la moral universal iusnaturalista. Aquí, debe ser considerada no sólo la evolución de los conceptos respecto a los cambios en la "moral dominante" en determinada sociedad, como la propia historia y condiciones materiales del lugar donde está inserto el intérprete. Para no utilizar ejemplos extremos de confrontación entre tradiciones de oriente y occidente, conviene que comparemos la concepción de los tribunales y del propio constituyente entre Europa y Estados Unidos. El primero, de fuerte carácter social, tiende a privilegiar la igualdad sustancial en gran parte de sus disposiciones legislativas o jurídicas, pudiéndose utilizar como ejemplo las cuestiones laborales. En los Estados Unidos las cuestiones respecto a la libertad formal de los ciudadanos siempre ha estado priorizada, constituyendo uno de los pilares de la nación estadounidense. De esta forma, podemos verificar, en ambos sistemas jurídicos altamente desarrollados y que sirven de parámetro para otros sistemas diferencias sustanciales sobre lo que significa el concepto de libertad, valor consagrado tanto en la constitución estadounidense como en la mayoría de las constituciones europeas. Un segundo

correcta que caracteriza el derecho natural no accede a concesiones, sea ella fáctica o jurídica. Solamente admite una aplicación absoluta, cuya ausencia provoca un defecto de validez de la decisión.²⁵⁸ Como resume GRIMM, la validez jurídico-positiva diferencia la constitución del derecho natural.²⁵⁹

No nos parece, por tanto, que la teoría del derecho iusnaturalista sea una opción viable para explicar el derecho neoconstitucionalista. Además de las incompatibilidades formales, iusnaturalismo y neoconstitucionalismo presentan importantes divergencias –cualitativas y cuantitativas– en relación con la moralidad como punto central de la validez. Los contenidos valorativos que, por la perspectiva neoconstitucionalista, deben estar presentes en los ordenamientos jurídicos, no pueden ser confundidos con el derecho natural.²⁶⁰ Aunque puedan tener correspondencia en una moral ideal, adquieren en el sistema jurídico una significación propia, la que puede ser determinada tanto por cuestiones lingüísticas o de autoridad, como en razón de la necesaria conexión que deben mantener con la realidad social. Como afirma claramente el neoconstitucionalismo, pueden tener origen en la moral o en la razón, pero, en cuanto pertenecientes a un sistema constitucional, no pueden dejar de tener una naturaleza también política. Como afirma el neoconstitucionalismo, el desafío de la constitución empírica será siempre un elemento indispensable a la constitución normativa.²⁶¹

motivo de la necesidad de la contextualización de los conceptos “morales” (insistimos, oriundos de la moral o con correspondencia en conceptos morales) previstos en las constituciones respecto a la realidad social es el temor de la falta de eficacia, capaz de frustrar su contenido hasta la desconsideración de tal norma. De ahí la preocupación de GRIMM con respecto a la previsibilidad o atribución de sentido a una norma constitucional dentro de lo real o realizable. De la misma forma que la no aplicación de una norma válida por el intérprete era un tormento para la concepción kelseniana, también el intérprete, al construir un concepto y determinar cierta consecuencia tiene el problema de que su decisión, aunque jurídicamente aceptable y justificada, se haga imposible ante la falta de condiciones fácticas. O sea, también el intérprete sufre con la posibilidad de la falta de eficacia de su decisión (principalmente cuando tratamos de derechos sociales prestacionales) de modo que su entorno, sí condiciona su decisión.

²⁵⁸ Con base en esto, es más fácil entender la diferencia de la pretensión de corrección de ALEXY y la moral iusnaturalista. Tanto ALEXY como DWORKIN, fuertes críticos del positivismo, jamás se declaran iusnaturalistas.

²⁵⁹ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. cit., p. 48.

²⁶⁰ Sobre la relativización que los conceptos morales sufren después de ser positivados observa S. POZZOLO: “[...] me parece difícil negar que la naturaleza contingente e históricamente determinada de los principios constitucionales. De modo que, si por un lado parece obvio que la decisión política que lleva a la positivación de un valor pretende constitucionalizar un ‘objeto’ que posee cualidades universales, me parece también cierto que la conceptualización de ese valor, su significado positivo, está históricamente determinada y cambia en el curso del tiempo aunque mantenga con frecuencia la misma denominación (es emblemático el caso de la palabra ‘libertad’).” (POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambiguo”, in. A.A.V.V., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 2005. p. 202–203).

²⁶¹ No es diversa respecto a este punto la observación de Luís Roberto BARROSO cuando advierte que “no se debe alimentar ilusiones ni la creencia en que las deliberaciones del espíritu operen automáticamente en el mundo de los hechos. ‘Ignorar las dificultades no impide que se produzcan’”. (BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade*, cit., p. 107) (traducción libre).

1.3.5 Conclusiones parciales

Parece ser hecho indiscutible que el Estado constitucional de derecho –y el movimiento jurídico que lo acompaña– introdujo muchas innovaciones en la actividad judicial, así como en la propia manera de concebir y tratar el derecho y sus fuentes. Esas innovaciones se refieren, principalmente, a un redescubrimiento de una teoría normativa donde las normas nunca quedan reducidas a simples reglas, sino que comparten su espacio con principios y valores. Es característico de ese nuevo modelo, también, una alteración de las fuentes del derecho, con énfasis al derecho interpretado, de lo que deriva una revisión de la teoría de la interpretación que permita contemplar el trato con normas de estructura más abierta y compleja, que no permiten una aplicación por el método simple de la subsunción. Todos esos cambios son sintomáticos de una profunda transformación sufrida por los sistemas jurídicos, los cuales demandan una mayor preocupación con contenidos materiales, exigiendo algo más que la estructura formalista que resumía el derecho.

El movimiento jurídico que acompaña a esas transformaciones recibe de la doctrina una serie de denominaciones: constitucionalismo contemporáneo, pos-positivismo o neoconstitucionalismo. Según entendemos, el último sentido parece más adecuado, porque destaca las diferencias propuestas en relación con el constitucionalismo propio del Estado liberal. Por lo tanto, más importante para nuestra perspectiva en la presente investigación es notar que –no obstante la denominación adoptada– debe ser separada, en relación con el neoconstitucionalismo, su parte ideológica de su pretensión de constituir una nueva teoría del derecho.

Por un lado, tenemos el neoconstitucionalismo ideológico como una realidad en muchos de los Estados que adoptaron modelos más desarrollados de Estado constitucional de derecho, pudiendo ser constatado un suceso político de ese movimiento, lo que está comprobado con sustanciales alteraciones en los textos constitucionales y en la actitud ante estos textos por parte de los operadores jurídicos, los cuales consagran su carácter normativo. Por otro lado, el neoconstitucionalismo como teoría del derecho no parece gozar de la misma

aceptación, incluso en los sistemas que adoptan el neoconstitucionalismo como ideología.

Como hemos visto, el fuerte carácter ideológico que caracteriza la concepción neoconstitucionalista –incluyendo la teórica– impide su afirmación como consistente teoría del derecho. La consideración de la constitución, al mismo tiempo como norma y meta-norma, genera dificultades para conceptualizar ordenamientos jurídicos donde las constituciones no contemplan criterios materiales o cuando los jueces no reconocen en la constitución un verdadero carácter normativo. Como toda la teoría que se propone a explicar hechos a través de una postura ideológica, sufre la terrible amenaza de la falta de eficacia, para la cual no ofrecen una explicación adecuada.

Estas deficiencias como teoría del derecho, permiten concluir que el neoconstitucionalismo está más preocupado por presentar una definición de Estado constitucional de derecho, que por presentar un concepto de derecho. Así, es posible afirmar que el neoconstitucionalismo no sigue una línea realmente descriptiva, lo que es requisito para constituir una teoría del derecho. Al no conseguir separar argumentos ideológicos y políticos de su análisis del derecho, falla en la tarea de constituir una teoría del derecho que pueda sustituir al positivismo jurídico.

Descartado como teoría del derecho, en razón de su preocupación por el contenido del derecho, el neoconstitucionalismo viene frecuentemente asociado a una relación entre neoconstitucionalismo e iusnaturalismo. En ese punto, a pesar de la innegable defensa por parte del neoconstitucionalismo de la presencia de valores y normas con correspondencia moral en los ordenamientos jurídicos, no parece suficiente para sostener la dependencia de criterios morales para la definición de lo que es jurídico, o sea, la conexión necesaria entre derecho y moral. Primero porque, según el neoconstitucionalismo, solamente interesan a los ordenamientos los criterios morales positivados en la constitución. Estos principios y valores positivados pueden contar con un sentido moral propio, pero su significación jurídica solamente será determinada dentro del sistema, atendiendo a condiciones culturales, económicas, de convergencia y autoridad. Finalmente, el sistema crea una significación propia a los valores, que no siempre será la significación ideal prevista en la moral. Tal hecho impide, por ejemplo, un retorno a una concepción iusnaturalista, caracterizada por una moral que está por encima del derecho, atemporal, inmutable y eterna.

Además, el origen iusnaturalista de un derecho perfecto como el derecho natural es incompatible con el carácter democrático de las constituciones, tal y como ha sido sostenido por el neoconstitucionalismo. De este modo, la concepción de constitución como proyecto inacabado choca frontalmente con la concepción iusnaturalista de moral universal. La validez jurídico-positiva diferencia fuertemente la constitución del derecho natural.

Sin embargo, hay aspectos presentes en la teoría iusnaturalista, referentes a la definición del contenido de términos jurídicos que sufren la influencia de la moral, que pueden ser utilizados como complementarios en el derecho actual, además de que constituyen fuente de inspiración al neoconstitucionalismo ideológico. Así que, para que el positivismo jurídico se pueda presentar como una adecuada teoría del derecho, debe considerar la presencia de esos valores en los sistemas jurídicos, la presencia de normas de estructura abierta y la afirmación de la jurisprudencia como importante fuente del derecho. Una teoría positivista que pretenda presentar una descripción adecuada del derecho contemporáneo debe, al menos, considerar el papel crucial que ejercen valores y principios actualmente.

Por otro lado, parece que es imposible reducir el derecho –al menos como teoría– meramente a una reproducción de la moral. Además de la concepción neoconstitucionalista de constitución (y por lo tanto, normas morales) como proyecto inacabado, no puede ser dejada de lado la función del derecho como pacificador de conflictos sociales y que, por eso, necesita de la autoridad para definir cuáles son los significados que poseen estos términos abiertos. La moral que importa, en ese caso, será: a) la moral positivada en las constituciones; b) la moral aceptada e incorporada por el sistema jurídico.

De esa forma, es posible percibir que el derecho es definido, por un lado, por criterios de autoridad, los cuales son absolutamente necesarios para el funcionamiento de los ordenamientos y, principalmente, por la definición de los criterios utilizados para la toma de decisiones, incluso en cuanto al sentido de esos términos indeterminados. Éste, entendemos, es el objetivo de una teoría del derecho: comprender como funciona el sistema jurídico.

Por otro lado, a partir del neoconstitucionalismo se suma a la discusión jurídica la necesidad de establecer la definición sobre el sentido de contenidos materiales o valorativos, esenciales a los procesos interpretativos. Para estas

nuevas discusiones, la teoría del derecho debe proporcionar una explicación adecuada. En este sentido, nos parece adecuada la explicación de las teorías positivistas más avanzadas, que reconocen el derecho como hecho social y, por tanto, dependiente de la práctica jurídica. El derecho, bajo esa perspectiva, pierde un poco de su predefinición si lo comparamos a un sistema puro de reglas. Sin embargo, aunque a partir de la simple consideración de las normas abiertas pueda presentar dudas, *a priori*; permite que, por criterios de autoridad, no deje de ofrecer esa seguridad por la identificación de la autoridad competente para hacer el juicio valorativo sobre determinado término. Ese sistema permite el reconocimiento de que términos indeterminados, como valores y principios, aunque posibiliten una serie de interpretaciones, tendrán el sentido que les sea atribuido por la práctica jurídica. De ese modo, incluso delante de términos con correspondencia en la moral, el derecho no pierde su fuente social. Además, esta concepción posibilita continuar sosteniendo la tesis de la neutralidad de los sistemas en relación con la moral, sin dejar de reconocer la posibilidad de que criterios morales sean incorporados en los ordenamientos jurídicos.

CAPÍTULO II - DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

Al tratar de los derechos fundamentales y de los problemas referentes a su efectividad en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, cuestión que se presenta como inevitable es la discusión sobre el déficit democrático originado del cambio de actuación de los jueces respecto a las normas constitucionales y la significativa limitación de los legisladores a los contenidos materiales presentes en la constitución. Ese nuevo perfil de actuación jurídica con relación a los derechos – característica fundamental del constitucionalismo– tiene innegable repercusión en el medio político, por lo que recurrentemente vuelve al tema la discusión sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia. Tal problema también deja más claros algunos cambios sustanciales sobre modelos de Estado –como la transición de un Estado legislativo a un Estado constitucional de derecho–, de la ley como fuente hegemónica del derecho y de la propia evolución del proceso de formación de la voluntad política que, culminando con la doctrina constitucionalista, inexorablemente va a influir de manera decisiva en el concepto de democracia en el Estado constitucional.

En el momento actual del constitucionalismo –donde se destaca una nueva postura de los juzgadores respecto a los derechos constitucionalmente previstos, acompañada de una reducción considerable del protagonismo legislativo–, se hace evidente la tensión existente entre constitucionalismo y democracia. La cuestión que se presenta es si esa tensión es verdaderamente existente. A pesar de la polemica que ocasiona este tema, buscaremos en el presente capítulo analizar si esa tensión existe en dos conceptos contrapuestos –democracia y constitucionalismo– o si, en realidad, es interna al propio concepto de democracia constitucional. Aunque desde algunos puntos de vista las diferencias entre el constitucionalismo y la democracia parezcan insuperables, su superación parece lograrse en el momento en el que se considera que ambos son términos que admiten alguna relativización, no presentándose como conceptos absolutos e intocables, tal y como muestran los hechos históricos que llevaron al sentido actual de estos conceptos. Si consideramos, por ejemplo, que el concepto de democracia no debe ser simplificado por la noción de decisión mayoritaria, sino que asume una significación mucho más

amplia de garantizador de la participación del ciudadano en las decisiones colectivas, es posible justificar el constitucionalismo como mecanismo de protección de las minorías y, por tanto, como valiosa herramienta de perfeccionamiento de la democracia.

Por otro lado, revisando la historia reciente de los conceptos y definiciones asumidas por el término “democracia”, es posible constatar algunas distorsiones en el proceso democrático en comparación con su concepción inicial. De la misma manera, las lecciones aprendidas con el paso de la historia desmitifican la concepción de democracia como simple decisión de la mayoría y la presunción de corrección de esas decisiones. Nos parece posible, partiendo de una concepción de democracia constitucional, adecuar la noción de distribución equilibrada de las funciones estatales. Es evidente que esto afecta a la discusión de otros puntos, tales como la reducción de la hegemonía legislativa y de una concepción democrática no dependiente solamente de la simple voluntad de la mayoría, sino condicionada también por las cuestiones de racionalidad, tolerancia y respeto a las minorías. Este juicio de adecuación, muchas veces, puede recaer sobre órganos legitimados constitucionalmente, pero cuyos agentes pueden no ser representantes populares políticamente legitimados.

En esa línea, intentaremos presentar algunos de los argumentos históricos y conceptuales relacionados con puntos fundamentales del proceso democrático y del constitucionalismo, con el fin de posibilitar un análisis actualizado sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre estos dos institutos. Construiremos ese análisis a partir de dos conceptos que nos parecen determinantes para explicar las alteraciones en la concepción contemporánea de democracia y su relación con el constitucionalismo: soberanía y representatividad.

En relación con la primera - punto fundamental en el análisis de la compatibilidad entre constitucionalismo y democracia – tenemos que la soberanía influye directamente en las diversas concepciones de modelos de separación de poderes propuestos por los modelos de Estado legislativo y Estado constitucional. Una vez considerada la tradición europea-continental, donde a partir del siglo XIX se forma el modelo de Estado legislativo, hay en lo que refiere a la separación de poderes, significativas diferencias con relación al modelo propuesto por el constitucionalismo. Aunque gran parte de esas diferencias hayan sido superadas por

un modelo constitucionalista en ese continente, es posible todavía constatar que –al menos en la doctrina jurídica– la transición a un modelo constitucionalista es solamente parcial. En razón de eso, nos proponemos recuperar algunas ideas características del modelo de Estado legislativo, con el fin de actualizarlas y después confrontarlas con algunas proposiciones fundamentales del constitucionalismo.

El primer punto que ha de ser abordado consiste en la concepción de soberanía y sus implicaciones para las relaciones entre los poderes de Estado y la constitución. En lo que se refiere al Estado legislativo, siempre fue defendido un modelo rígido de separación de poderes, donde los asuntos relativos a cada poder eran siempre resueltos en el ámbito interno. Las relaciones entre los poderes eran guiadas por la jerarquía, con una evidente supremacía del poder legislativo en comparación con los demás poderes. A través del principio de la legalidad, el poder legislativo conseguía, al mismo tiempo, limitar los demás poderes y, siendo este el productor de la ley, no encontraba límites materiales o formales, ya que la constitución era tenida como mero documento de legitimación de la actividad legislativa. Era, por tanto, detentor de soberanía, siendo la ley la fuente hegemónica del derecho y vinculante de todas las demás actividades públicas o privadas dentro del Estado. A partir del constitucionalismo, donde se propone el desplazamiento de la soberanía del poder legislativo a la constitución, se hace posible una relación no jerarquizada entre los poderes, de forma que se puede proponer una relación de equilibrio entre ellos. Más importante, en el momento en que ninguno de ellos es soberano, o sea, no tiene poderes ilimitados, surge la noción de competencias convergentes, donde los poderes se ayudan y se controlan mutuamente, siempre de acuerdo con sus competencias constitucionalmente establecidas.

En lo que sigue, nuestro análisis en la búsqueda de un concepto de democracia compatible con el constitucionalismo analiza la cuestión relativa a la representatividad. En este punto, serán confrontados los fundamentos que construyeron la noción de ley como fuente hegemónica del derecho en el Estado legislativo, principalmente partiendo de las ideas de J.J. ROUSSEAU. Esclarecidas tales ideas y realizado su confrontación con el modelo inglés del *common law* y el constitucionalismo estadounidense, pasaremos al análisis de la construcción del mito sobre la ley como única fuente de derecho y de la presunción de racionalidad y justicia que gozaba en el Estado liberal. A partir de un enfoque más realista y

sociológico, la ley enfrenta su proceso de crisis, lo que se establece en razón de una serie de hechos examinados, pero que, al final, ponen en serias dudas tanto su presunción de racionalidad como el hecho de ser el instrumento adecuado de representatividad de los intereses generales.

Será, por lo tanto, a través de la considerable alteración –jurídica, doctrinaria y fáctica– de soberanía y representatividad, pilares sobre los cuales entendemos estar construido el Estado legislativo, que proponemos nuestro análisis en la búsqueda de un concepto de democracia compatible con el constitucionalismo. Considerando que muchas de las ideas sobre las cuales fue construido el concepto de democracia en el Estado legislativo fueron seriamente alteradas, quizá también se haya alterado hasta incluso el concepto de democracia, que nunca más constituirá un fin en sí mismo como en otros tiempos, cuando era considerado un proceso capaz de legitimar cualquier decisión, no estando sujeto a ningún límite. En este sentido, si fue posible una alteración del concepto de democracia y, principalmente, si algunas de sus características fueron alteradas, probablemente las contradicciones e incompatibilidades respecto a ésta y al constitucionalismo pueden ser superadas. A esta tarea nos dedicamos en el presente capítulo.

2.1 PUNTOS DE TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

La tensión entre constitucionalismo y democracia es tan evidente y controvertida que es posible identificar en la doctrina preocupaciones de dos órdenes opuestas: por un lado, el temor de los constitucionalistas de que los ordenamientos jurídicos constitucionalizados sean contaminados por un exceso de democratización, lo que permitiría que un excesivo número de materias fueran dejadas a la libre deliberación democrática. Por otro, una fuerte resistencia por parte de demócratas en el sentido de evitar que el constitucionalismo restrinja de forma excesiva el ámbito de disposición democrática. Tales ideas, una vez considerada la contundencia de las críticas que se presentan de ambos lados, hacen creer que es imposible su conciliación a partir de un concepto de democracia constitucional.

Tal como apunta HOLMES, son muchas las cuestiones que se presentan cuando analizamos las propuestas del constitucionalismo y las comparamos con la

tradición democrática liberal. ¿Como sería, entonces, posible conciliar el consenso de los gobernados con la hipótesis constituida por el constituyente sobre un consenso futuro? ¿Por qué un dibujo constitucional ratificado dos siglos antes debe poseer este enorme poder sobre nuestra vida actual? ¿Por qué una minoría de nuestros conciudadanos debe poseer el poder de impedir enmiendas a la constitución? ¿El control de constitucionalidad de las leyes es compatible con la soberanía popular si está basado sobre una fidelidad supersticiosa a las intenciones de los fundadores de la nación?²⁶²

Uno de los principales argumentos presentados en el sentido de la incompatibilidad entre constitucionalismo y democracia es, sin duda, la cuestión relativa al conflicto de generaciones, donde se discute la posibilidad o no de una generación regular a las elecciones de una generación sucesiva, limitando sus elecciones políticas a través de la constitución. Tal problema surge con la constatación de que la esencia de las constituciones, a través de la producción de normas de derecho material –vinculantes y limitativas de la actuación del legislador– implican en la perpetuación de decisiones políticas que vinculan a las generaciones futuras, propiciando que una decisión democrática tomada en un tiempo sea más importante que la decisión democrática tomada posteriormente. Por otro lado, la imposibilidad o restricción a la modificación de tales materias permitirían que la decisión de una minoría, con el objetivo de obstruir ese cambio, impidiera el deseo de alteración por la mayoría.²⁶³

Esas afirmaciones ya fueron objeto de grandes discusiones en el momento de la implantación del constitucionalismo en los Estados Unidos, ocasión en que esa cuestión aún no interesaba a los ordenamientos que seguían al sistema de *civil law*. Sin embargo, con la difusión del constitucionalismo también en relación con estos ordenamientos la cuestión retoma relevancia. La imposibilidad de vinculación de las generaciones futuras parte de la premisa de que la democracia es un proceso creativo y dinámico, siendo que cada generación posee el derecho ilimitado e ilimitable de remodelar el escenario jurídico por el que está regulada, lo que sería

²⁶² HOLMES, Stephen. “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia”, cit., p.167.

²⁶³ Conforme ANSUASTEGUI ROIG: “Il costituzionalismo ha dimensioni che possono entrare in conflitto con le esigenze e i meccanismi della democrazia. L’esclusione delle possibilità di riforma di determinate materie presuppone una decisione di grande trascendenza giuridica e politica; poiché si sta verificando l’esclusione del ‘protagonista’ principale nel campo delle decisioni politiche nella democrazia: la cittadinanza.” (ANSUASTEGUI ROIG, Sulla tensione tra costituzionalismo e democrazia, cit., p. 17).

diametralmente opuesto a la idea de vínculos constitucionales propuestos por la doctrina constitucionalista.²⁶⁴ Activo defensor de esa teoría, Thomas PAINE afirmaba no ser solamente inmoral, sino también imposible hipotecar las elecciones de las generaciones futuras, por lo que tal actitud violaría principios de justicia natural.²⁶⁵

Sobre el tema, muchas fueron las réplicas ofrecidas por los constitucionalistas estadounidenses, siempre en el sentido de una visión del constitucionalismo como importante instrumento democrático, donde es reforzada la concepción republicana de Estado, con un fuerte énfasis en la concepción de constitución como instrumento de organización del poder y en la énfasis en la importancia de las instituciones.²⁶⁶ En lo que se refiere a la cuestión relativa al vínculo entre generaciones, puede ser considerada como ilustrativa la respuesta de MADISON a JEFFERSON, en la recuperación de una antigua discusión ya tratada anteriormente en el Medioevo, la cual se refiere a una percepción diversa sobre el papel de la constitución en la vinculación democrática en los Estados liberal y constitucional. Según MADISON, el objeto de la constitución no es la limitación del poder, sino su organización. En el momento en que ejerce esta tarea –absolutamente necesaria– de organizar y definir competencias, es natural que la constitución acabe por establecer límites a los poderes. Como apunta HOLMES, la Constitución estadounidense era un instrumento

²⁶⁴ El debate sobre la vinculación de las generaciones futuras fue celebrizado en las cartas cambiadas por Thomas JEFFERSON y James MADISON, donde el primero expone al célebre constitucionalista todas sus dudas sobre la posibilidad de vinculación de las generaciones futuras. Como apunta HOLMES, JEFFERSON “si spinse fino al punto di respingere tutte le opinioni comuni sulla continuità storica e (quindi) sull'identità nazionale: «secondo la legge di natura, una generazione è per un'altra quello che una nazione indipendente è per un'altra». Un'assemblea costituente a Filadelfia, evidentemente, non può legiferare per gli Americani futuri più di quanto possa farlo per i Cinesi suoi contemporanei”. (HOLMES, Stephen. “Vincoli costituzionali e paradossi della democrazia”, in *Il futuro della costituzione* [org. Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portino e Jörg Luther], Torino: Einaudi, 1996, p. 176, [traducción del original Precommitment and the paradox of democracy, Cambridge University Press, 1988].

²⁶⁵ “Non è sólo immorale, ma è anche impossibile ipotecare le scelte delle generazioni successive. I ceppi del passato sono corde di sabbia. Nondimeno, i tentativi di vincolare il futuro, proprio perché alla fine risultano inutili, possono essere molto irritanti e quindi dovrebbero essere denunciati per quello che sono: potenti violazioni della giustizia naturale.” (HOLMES, p. 172, citando PAINE).

²⁶⁶ Hay también justificaciones más radicales, las cuales no serán pormenorizadas, pero que citamos mientras de cierta forma tienen relevancia cuando, por ejemplo, analizamos la pérdida de características importantes del proceso legislativo sobre las cuales fue construida toda la transposición de la democracia derecha a la democracia representativa. Aunque esta concepción más radical nos parezca algo simplista, nos parece de cierta forma adecuada si considerada la cuestión bajo un fondo realista de formación de la voluntad política actual. Es ejemplo de eso la doctrina de HAYEK cuando afirma que: “I cittadini d' oggi sono miopi, dotati di scarso autocontrollo, fortemente indisciplinati e sempre pronti a sacrificare principi duraturi per ottenere piaceri e benefici a breve termine. Una costituzione è la terapia istituzionalizzata per questa miopia cronica: depotenzia maggioranze temporanee in nome di regole vincolanti. Una costituzione è Pietro sobrio, mentre l'elettorato è Pietro ubriaco. I cittadini hanno bisogno di una costituzione proprio come Ulisse aveva bisogno di essere legato all'albero della nave. Se ai votanti fosse permesso di ottenere tutto ciò che vogliono, inevitabilmente si autoaffonderebbero; legandosi invece a norme rigide, possono evitare di inciampare da soli.” (HAYEK, F.A., *The constitution of Liberty*, Chicago III, 1960, p. 176-192, trad. it. *La società libera*, Firenze, 1969, p. 205-223) in HOLMES, *Vincoli costituzionali*, p. 168)

de gobierno, no un obstáculo al gobierno. Legitimaba y no deslegitimaba al poder.²⁶⁷ En su tarea de organización del poder y establecimiento de competencias para las instituciones, es normal que la constitución establezca rumbos comunes de actuación, que deben ser seguidos por los poderes en el ejercicio de sus competencias.²⁶⁸

Otro punto de tensión cuando se examina el concepto de democracia respecto al constitucionalismo es el relativo a la transición de un modelo de Estado legislativo a un Estado constitucional. Examinadas las características del Estado legislativo, es posible percibir que la transición al Estado constitucional implica una relectura de muchos mitos que se construyeron sobre el primero, de entre los cuales se puede incluir el de la soberanía y virtud de la voluntad de las mayorías, que inexorablemente proporciona una concepción particular de democracia. En el Estado legislativo, donde el modelo se proponía –en razón del culto a la decisión de las mayorías, que representaría la “voluntad general”– se observa una clara posición de supremacía del poder legislativo no solamente en relación con los demás poderes, sino también en relación con la propia constitución; entendida como instrumento de organización política del Estado, pero que no tenía el poder de imponer límites a la voluntad de las mayorías. A partir de esta concepción, solamente la ley constituía fuente de derecho, por lo que no existía el conflicto entre ley y derechos, algo que constituye característica importantísima del Estado constitucional.

Por otro lado, en el Estado constitucional –basado en la soberanía de la constitución y en su supremacía como fuente de derecho– no es posible una posición de supremacía del poder legislativo sobre los demás poderes, de modo que también hay la necesidad de una alteración en la hegemonía de la ley como única fuente de derecho, permitiendo, así, el surgimiento de otras fuentes. La soberanía de la constitución también acaba por determinar una posición igualitaria entre los poderes, haciendo que sus funciones sean definidas a partir de sus competencias constitucionales y no solamente de acuerdo con los límites dejados por la ley. Esa

²⁶⁷ HOLMES, S. “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia”, p. 188.

²⁶⁸ Como asinala HOLMES: “Una costituzione ereditata può al tempo stesso far funzionare e stabilizzare la democrazia. Non è soltanto, e non essenzialmente, una barriera contro il governo arbitrario. In quanto relativamente difficile da modificare, una costituzione può sgravare e quindi emancipare la generazione attuale. Pertanto, non è plausibile caratterizzarla come una forza oppressiva, come un tentativo autoritario del passato di assoggettare il futuro. Il vincolo costituzionale è giustificato poiché non asserve, ma piuttosto affranca le generazioni future.” (HOLMES, S. “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia”, p. 189).

posición de equilibrio y de no jerarquía entre los poderes da lugar a la principal diferencia del régimen constitucionalista en comparación con el Estado legislativo: la posibilidad de un control recíproco, principalmente el control de los hechos legislativos. En el momento en que el legislador deja de ser soberano, pudiendo estar limitado formal y materialmente por la constitución y, sobre todo, debiendo respetar los derechos previstos en ella, es evidente el surgimiento de serios puntos de conflicto entre el ideal democrático del Estado legislativo y la concepción democrática del Estado constitucional. Este último, curiosamente, está definido por muchos autores como Estado democrático de derecho, a pesar de la imputación de un conflicto entre alguna concepción de democracia y este modelo de Estado. La tensión, así, parece estar mucho más en los conceptos de democracia correspondientes a cada modelo de Estado que entre el concepto de democracia y el Estado constitucional, ya que jamás ha sido intención de éste la eliminación de las decisiones democráticas.

Finalmente, tal vez el mayor punto de tensión con relación al proceso democrático y al constitucionalismo esté en esa actividad de control de los actos legislativos, así como en la actuación judicial en la atribución de sentido a términos jurídicos abiertos, lo que, al fin y al cabo, determina un ingreso de los jueces en el ámbito político, aunque actúe en nombre de la constitución. Eso implica que, muchas veces, autoridades dotadas de competencia –pero que no son legitimadas a través del método democrático, sino por criterios de técnica jurídica– acaben anulando decisiones de las mayorías o, en muchos casos, sustituyendo esa mayoría a través de la elección sobre un sentido entre varios posibles de un?? término jurídico.²⁶⁹ Tal como resume Gisele CITTADINO, “el protagonismo reciente de los tribunales constitucionales y cortes supremas no solamente transforma en cuestiones problemáticas los principios de la separación de los poderes y de la neutralidad política del Poder Judicial, como inaugura un tipo inédito de espacio

²⁶⁹ Conforme DWORKIN :“Secondo questo argomento, le decisioni politiche devono essere prese da funzionari che siano eletti dalla comunità nel suo insieme, e che possano essere sostituiti periodicamente nello stesso modo. Questo principio si applica a tutte le decisioni politiche, incluse quelle relative alla questione: quali diritti abbiano gli individui, e quali di questi possano esser fatti valere in tribunale. I giudici non sono eletti, né sono sostituibili, e ciò è saggio perché le decisioni che essi prendono, *applicando* il codice a casi particolari, devono essere sottratte al controllo popolare. Ma ne segue che i giudici non devono decidere autonomamente di cambiare o di ampliare il codice, perché queste decisioni non devono essere prese se *non* sotto il controllo popolare.” (DWORKIN, Ronald. “Giudici e politica nell’esperienza di common law”, in *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*, org. Mario BESSONE e Ricardo GUASTINI, Milano: CEDAM, 1995, p. 86)

público, desvinculado de las clásicas instituciones político-representativas”²⁷⁰. De esta forma, queda comprobar cuáles los argumentos utilizados por el constitucionalismo para justificar esa forma de “activismo judicial”, así como hasta qué punto ese tipo de actitud por parte de los jueces es compatible con la democracia y la separación de los poderes.

Colocados, por lo tanto, los principales puntos de tensión sobre los cambios propuestos por el modelo constitucionalista y la democracia, pasamos a analizar la necesidad o no de una reconstrucción del concepto de democracia a partir del constitucionalismo, principalmente a partir del análisis crítico de las alteraciones del modelo jurídico del Estado liberal en comparación con el del Estado constitucional, destacando siempre los dos puntos que nos parecen fundamentales: soberanía y representatividad.

2.2 LA SOBERANÍA

Si consideramos las circunstancias históricas en las cuales surge el constitucionalismo en los países de tradición jurídica dominada por el sistema del *civil law*, es posible constatar que el proceso de establecimiento de vínculos constitucionales al poder político se inicia como reacción a una confianza desmesurada en el poder de la ley de atender a todas las reivindicaciones de la sociedad de una forma justa y racional, transformándolas en derecho. En el momento en que el legislador encarna el medio correcto de alcanzar esa unión entre voluntad democrática y racionalidad, es normal que éste se ponga en un plano superior a los demás poderes. Será, por lo tanto, ilimitado, porque no está condicionado por cualquier otro poder y representa la voluntad del pueblo soberano. Esa creencia en la omnipotencia, omnisciencia y racionalidad absoluta del legislador es, poco a poco, desgastada con la necesidad de imponer límites también a la actividad legislativa, o, contextualizando al objeto de estudio del presente tópico, de poner fin a la soberanía del legislador. Es en esta importante y difícil tarea en la que se fundamenta toda la transición del llamado Estado legislativo al Estado

²⁷⁰ CITTADINO, Gisele. "Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes". In VIANNA, Luiz Werneck (org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 17.

constitucional, la cual se apoya exactamente en el desplazamiento de la soberanía legislativa a la soberanía de la constitución y, consecuentemente, en el reequilibrio entre los poderes. Es a través del redescubrimiento de la idea de constitución que la doctrina puede trazar límites a la actividad legislativa y redescubrir otras importantes fuentes del derecho. Tal como ya afirmaba MATTEUCCI, el constitucionalismo ya no aceptará más la ley como simple expresión de la voluntad política soberana, sino que la constriñe a fundamentarse en principios comunes a todos los hombres.²⁷¹

2.2.1 El concepto de soberanía

La noción de soberanía está gestada en la doctrina de la Edad Media, principalmente a partir de la obra de Jean BODIN (*Les six livres de la Republique*, 1576), en un intento por describir analíticamente las relaciones políticas y la autoridad del rey. Al estudiar la naturaleza del poder real, BODIN concluía que el rey no era soberano por ser titular de varios poderes, sino porque ostentar un poder perpetuo y absoluto. Para contar con tales características, el poder real no podría ser constituido por ningún otro, ni tampoco ser derivado de un poder que le fuera anterior. Así, la cualidad de soberano solamente podría ser ostentada por un poder incondicionado, no derivado y, por tanto, originario. El concepto de soberanía nace, entonces, como el de un poder que, por su naturaleza, escapa a la dimensión de *control* o *contrapeso* por parte de cualquier otro tipo de poder.²⁷²

²⁷¹ En el original: "Il costituzionalismo nella misura in cui afferma l'esigenza di rendere un motivo proprio della tradizione giusnaturalista, quello per cui la legge con è la semplice espressione di una volontà politica sovrana, ma deve fondarsi su principi di ragione comuni a tutti gli uomini." (MATTEUCCI, Nicola. "Positivismo giuridico e costituzionalismo", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 17, 1963, p. 985 e ss.).

²⁷² Aún carente de una noción republicana de armonía y contrapeso entre los poderes, BODIN reconocía 3 tipos de regímenes políticos, que siempre se caracterizaban por la dominación de uno sobre el otro, o sea, por el ejercicio del poder soberano por parte de un grupo gobernante: el monárquico, donde el poder soberano se concentraba en el rey; el aristocrático, donde el poder soberano se concentraba en una elite que decidía en asamblea y el democrático, donde la asamblea representa la voluntad de los ciudadanos. Conforme FIORAVANTE: "Con Bodino se produce la primera verdadera ruptura del ordenamiento medieval de los poderes. Consiste, desde el punto de vista teórico, en la conciencia adquirida de la imposibilidad de mantener pacífica y armónicamente ese ordenamiento, que ahora, para salvarse y evitar el conflicto, necesita admitir en su interior la presencia de un poder de naturaleza distinta, de un poder originario y soberano. En suma, lo que ya no funciona bien es la gran idea medieval del organismo político que, por el hecho mismo de existir, presupone la presencia de un corazón, de un centro motor. Ahora, este corazón ya no late necesaria y naturalmente. Y es por ello necesario injertar, precisamente en el centro del organismo político, un poder dotado de una nueva fuerza suplementaria, desconocida hasta este momento." (FIORAVANTE, *La constitución de los modernos*. cit., p. 73-74)

Tal y como apunta Maurizio FIORAVANTE, es en la idea de soberanía que comienza a surgir la concepción moderna de constitución, mientras fija un “núcleo duro del régimen político”. En sus palabras, la “constitución comienza a nacer en el momento en el que comienza a hacerse fuerte y sensible la necesidad de individuar un núcleo rígido e inalterable del poder político, sustraído por su naturaleza a la fuerza corrosiva del intercambio, de lo pactado.”²⁷³

Es evidente que tal noción de núcleo rígido de poder político no está asociado inmediatamente a la idea de constitución, sino a la legitimación del poder del “soberano”, tal y como fue defendido por HOBBS en su célebre obra, *Leviatán*, en 1651. En el caso de HOBBS, ya se reconocía que la soberanía era originada de los ciudadanos. Pero su ingeniosa construcción teórica fundamentaba el poder soberano en el individuo considerado individualmente, lo cual, en la ausencia de una idea de constitución, transfería su parcela de soberanía (sobre sí mismo) al soberano a través de la “representación” o “autorización”. A diferencia de lo que más adelante defenderá ROUSSEAU, HOBBS individualiza la titularidad de la soberanía no en el pueblo, sino en el individuo. De este modo, el pueblo solamente estará formado por la unidad de representación, por lo que ningún individuo podrá reclamar del soberano la devolución de ese poder, tornándolo irrevocable. Conforme HOBBS:

Una multitud de hombres deviene *una* persona cuando estos hombres son representados por un hombre o una persona; esto puede hacerse con el consenso de todos y cada uno de los miembros de la multitud en cuestión. Pues es la *unidad* del representante, y no la unidad de los representados, lo que hace a la persona *una*; y es el representante quien sustenta a la persona, sólo a una persona. Hablando de una multitud, la *unidad* no puede ser entendida de otra manera.²⁷⁴

La situación se invierte más tarde con ROUSSEAU (*El Contrato Social*, 1762), cuando éste disloca la noción de soberanía del individuo para el pueblo. Si el pueblo es el titular de la soberanía, podrá en cualquier momento revocar o alterar libremente el poder constituido. En la concepción rousseauiana, es la manifestación del pueblo la manifestación soberana y que desvela la “voluntad general”, la que no

²⁷³ FIORAVANTE, *La constitución de los modernos*. cit., p. 77.

²⁷⁴ HOBBS, Th., *Leviatano*. ed. de A. Pacchi, Roma-Bari, 1994, p. 134.

encuentra, por tanto, ningún límite.²⁷⁵ La concepción del pueblo soberano (así entendido como la manifestación del pueblo “del momento”) constituye un duro golpe a una incipiente construcción de una doctrina que intentaba proponer la existencia de “leyes fijas”, como forma de garantizar la estabilidad y sostenibilidad de un Estado o del propio ejercicio de las relaciones políticas, o sea, de constitución.²⁷⁶

Es evidente que ROSSEAU sustentaba sus ideas en sólidos fundamentos. Como exponente de la doctrina liberal, el centro de su preocupación estaba en la posibilidad de que esas “leyes fijas” acabasen por autorizar una apropiación y, en consecuencia, un abuso del poder atribuido al gobierno. Si el pueblo es el soberano y es posible siempre la manifestación de su voluntad, no hay “cómo” o “por qué” limitar esa voluntad a través de “leyes fijas”. El que es soberano no está sujeto a limitaciones, pues si fuera limitado, no sería soberano. Así que fundamenta la soberanía del pueblo en la idea de “voluntad general”, que era la voluntad pura y justa; por lo que no podría ser condicionada por los “intereses particulares” que, inexorablemente, predominaban en las relaciones de poder.

La preocupación de ROSSEAU, así, es la de imponer límites al poder y a los gobiernos –lo que más tarde se cristaliza en la concepción del principio de la legalidad– aunque para eso fuera necesario dejar sin límites al Poder Legislativo (único poder que posibilitaba el desvelo de esa “voluntad general”). Éste, por representar un pueblo que es soberano, manifiesta una voluntad soberana y, por lo tanto, ilimitada, originaria, incondicionada. En relación con esto, tal como apunta FIORAVANTI, en vano buscaremos en ROSSEAU una concepción de “constitución” como límite y garantía. Al contrario, en su doctrina la “constitución” está totalmente absorbida por la idea de soberanía popular manifestada a través de la ley, donde el legislador, soberano, no está representado como un poder, sino como una voluntad originaria.²⁷⁷

²⁷⁵ “Por esto el gobierno, que está expuesto al riesgo de identificarse con esa voluntad particular que «obra sin tregua contra la voluntad general», debe estar fuertemente limitado; y para esto el pueblo soberano debe conservar siempre la posibilidad de retomar lo que había delegado parcial y temporalmente a los gobernantes, sin que se le puedan oponer «leyes fundamentales» de cualquier especie o contratos originarios que de cualquier forma limiten su originaria y absoluta potestad.” (FIORAVANTE, *La constitución de los modernos*. cit., p. 84).

²⁷⁶ En ese momento se desvela también la fuerte disputa que se trababa en la doctrina jurídica entre las corrientes que defendían al derecho natural y las corrientes afines al derecho positivado, de fuerte tendencia legalista. Tal disputa, para no huir al punto principal de la presente investigación, pasarán a lo largo.

²⁷⁷ FIORAVANTI, M., *Constitución*., cit., p. 84-85.

Si tomamos por base el constitucionalismo como la doctrina y construcción jurídica que propone un fundamento diferente al poder estatal que la mera soberanía, es posible verificar que las concepciones de constitución desarrolladas por HOBBS y ROSSEAU se alejan mucho de lo que hoy propone el constitucionalismo, por el simple hecho de que permiten dislocar el ejercicio de la soberanía a un poder determinado, ejecutivo o legislativo, respectivamente. Ambas teorías se concentran demasiadamente en la concepción de soberanía dirigida a solamente una institución, de modo que posibilite que el poder se concentre en un único *logus*, sea éste el “soberano” o la “asamblea soberana”. Siempre que se reconozca la soberanía de aquel que ejerce el poder, significa decir que este poder no encuentra límites, pues, como afirma ZAGREBELSKY, limitarse a sí mismo significa no estar limitado.²⁷⁸ Se puede decir, entonces, que comparado con la concepción contemporánea de Estado, faltan claramente, en las construcciones de HOBBS y ROUSSEAU: 1) la posibilidad del poder soberano de dividirse en poderes públicos que adopten entre ellos un sistema de contrapesos o control recíproco y; 2) la posibilidad de individuar un límite a este poder, tal como la característica oponible de derechos fundamentales que no estarían a la disposición del legislador.

2.2.2 El contrapunto del liberalismo inglés

Para comprender mejor las diferencias creadas a partir del constitucionalismo pos-revolucionario en lo que se refiere a la soberanía y a la división de poderes, nos parece relevante la contribución de un modelo jurídico construido sobre otras bases, tal como ocurre en el modelo inglés, el cual adopta un camino distinto del modelo europeo-continental, caracterizado por la oposición al derecho natural y, por tanto, a la existencia de leyes fijas. A partir de la doctrina de James HARRINGTON (*The commonwealth of Oceania* – 1656), se desarrolla en Inglaterra una concepción republicana de constitución, centrada en los derechos inviolables del pueblo (así son tenidos el derecho agrario, que garantiza y limitaba la propiedad y el derecho

²⁷⁸ En la expresión original «estar sujeto a si mismo no es sujeción, sino libertad», (ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, cit., p. 47).

electoral, derecho básico de los propietarios) y en las instituciones actuantes en el Estado. El sistema electoral, además de restringir el voto a los propietarios, separaba los núcleos de poder entre la cámara –restricta a los propietarios–, y el senado, ocupado por la aristocracia. A partir de esa disposición era posible la representación de distintos intereses de la sociedad inglesa, conjugando aristocracia y pueblo, así como garantizando unidad y estabilidad política. En un sistema donde el núcleo de poder está dividido entre esas instituciones y el rey, y donde todos son limitados por derechos fundamentales (estos de fuerte inspiración iusnaturalista), la tendencia no es la homogenización y concentración de las decisiones políticas en una mayoría o en un gobernante, sino la división de atribuciones y competencias entre las instituciones integrantes de un gobierno republicano.

Así que, en este escenario, cuando la superveniencia de la Revolución Gloriosa?, sustentada por la burguesía liberal (1689), el tema principal de cambio no ha sido la abolición del sistema político, como en el caso francés, sino la reafirmación de derechos fundamentales consolidados en el *Bill of Rights*. El sistema institucional fue mantenido, por cuanto la consolidación de instituciones como la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, representaban instrumentos adecuados para el control del poder del rey, así como de garantía de los derechos fundamentales.²⁷⁹

En lo que se refiere a la preferencia inglesa en fundamentar la centralidad de su organización política en los derechos fundamentales –y no en un cuerpo legislativo soberano– tiene un papel fundamental la influencia del iusnaturalismo, principalmente el desarrollado respecto a los derechos por la doctrina de John LOCKE (*Two theories of Government*, 1690). Partiendo de una posición claramente iusnaturalista, LOCKE defiende que no es función del legislador crear derechos, sino solamente desvelarlos, de modo que este legislador no tenga competencia para disponer de forma arbitraria de la vida y propiedad de los ciudadanos. De la misma forma, al legislador tampoco está conferido el poder de regular libremente el

²⁷⁹ En las palabras de Maurizio FIORAVANTI: “De esta manera – precisamente sobre este último plano – la constitución inglesa estaba llamada a resolverse de manera particularmente estable y sólida, a partir de una situación en la que la reafirmación de un ejecutivo de titularidad monárquica se acompañaba – bajo las normas contenidas en el *Bill of Rights* – de una consistente reducción de los poderes del rey, al que se le negaba de manera explícita un poder autónomo de normación, así como el poder de imponer tributos y de llamar a las armas, o de organizar y mantener el ejército en tiempo de paz, sin el consentimiento del parlamento. En pocas palabras, se trataba de comprender qué forma de gobierno se estaba afirmando en Inglaterra tras el retorno de la monarquía.” (FIORAVANTI, *Constitución*, cit., p. 90).

gobierno, pues esto demandaría que se equiparara a un poder absoluto. La noción de *rule of law* en Inglaterra tiene, por tanto, un contenido muy distinto de la *legalidad* francesa. Tal como observa FIORAVANTI, el gran mérito de la teoría de LOCKE está en formular una sólida diferenciación entre poder absoluto y poder moderado, algo fundamental al constitucionalismo.²⁸⁰

La limitación y división de poderes a través de una sustitución de la idea de poder soberano por un poder moderado, resuelta en una relación más equilibrada y prudente entre ellos, pues impide la formación de una dimensión absoluta de poder. Tal característica, sumada al reconocimiento de derechos fundamentales, que sirven como límites y parámetro al ejercicio del poder estatal, constituyen las bases del constitucionalismo. Representa, así, para los poderes estatales, una idea contrapuesta a la de soberanía, pues aunque HARRINGTON exaltara la “soberanía del parlamento”, esta no constituía una soberanía de imposición de un poder sobre el otro, ya que todas las funciones estatales estaban representadas e insertas en el “parlamento”. Además, con relación a los derechos, vigoraba el principio del *law of the land*, el que proporcionaba una concepción de derechos anterior y no dependiente de la ley (acto formal proveniente del parlamento).

Ese contrabalanceo y auto limitación entre los poderes serán retratados adelante, en la obra de MONTESQUIEU (*Esprit des Lois*, 1748), donde este autor analiza el modelo existente en Inglaterra para adaptarlo y traducirlo a los padrones continentales de instituciones y de prevalencia del derecho positivo. La concepción de MONTESQUIEU de *separación de poderes* proclama la posibilidad de adoptarse un equilibrio en el ejercicio del poder, lo que caracteriza un poder moderado a través de la división funcional entre las actividades ejecutiva, legislativa y judicial. Así, un poder moderado se caracteriza por contar con una constitución que garantiza un equilibrio entre estos poderes, no permitiendo la dominación (o absolutización) de uno sobre los demás. Conforme FIORAVANTI:

²⁸⁰ “El primero (absoluto) es aquel en que un único sujeto, sea el rey o la asamblea, tiene el poder legislativo y el ejecutivo, el segundo (moderado) es aquel en que los dos poderes son distintos y pertenecen a dos sujetos distintos. En suma, la primera y fundamental máxima del constitucionalismo es precisamente ésta, según la cual quien tiene el formidable poder de hacer la ley no puede ni debe disponer de los recursos y de los medios de gobierno, incluyendo el también formidable poder de coacción sobre los individuos; y quien dispone de todo esto no puede ser a su vez titular del poder legislativo. Ésta es, en definitiva, también para el mismo Locke, la mayor y más concreta garantía de los derechos de los individuos: saber que quien tiene el poder de legislar sobre ellos no tiene ningún poder directo de coacción, y viceversa.” (FIORAVANTI, *Constitución*, cit., p. 93).

Lo que Montesquieu subraya con fuerza, con la célebre frase del poder que «frena el poder», es el hecho de que todas estas complejas relaciones entre el legislativo y el ejecutivo se establecen con una finalidad de recíproca limitación y no de coparticipación: el legislativo puede y debe controlar la ejecución de la ley, pero sin entrometerse en los asuntos que competen al ejecutivo; y este segundo puede, como hemos visto, oponer su veto a la ley, pero sólo en sentido negativo, y sin que se configure una verdadera y propia participación del ejecutivo en la formación de la voluntad legislativa.²⁸¹

Sin embargo, un régimen constitucional que adopta un poder moderado no puede ser definido simplemente como un “juego de límites sin contenido”. Para que sea posible un consenso entre la actuación de los poderes, así como para que los individuos tengan sus derechos protegidos con relación al juego político, se hace necesaria la existencia de derechos fundamentales, o sea, derechos condicionantes de toda la actividad política. Por otro lado, esos derechos solamente son posibles delante de un poder moderado, pues la dependencia de esos derechos delante de un poder soberano no garantiza la limitación del poder por los derechos.²⁸²

2.2.3 Ordenamientos pos-revolucionarios

2.2.3.1 Modelo estadounidense

Establecidas las bases de poder moderado que caracterizan el régimen constitucionalista como forma de contraposición a la noción de soberanía, faltaban aún algunos avances que definitivamente son alcanzados a partir de la declaración de independencia estadounidense y de la formación de las bases constitucionales de su ordenamiento. Los propios fundamentos de la revolución que da origen a la independencia ya desvelan la fuerte incorporación de derechos liberales a la colonia norteamericana, muy influenciada por el iusnaturalismo presente en la doctrina de

²⁸¹ FIORAVANTI, *Constitución*, cit., p. 97-98, del original MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, XI, 4 y 6.

²⁸² Es en ese sentido la afirmación de BLACKSTONE, según el cual es el respeto por la constitución que garantiza el respeto a los derechos en Inglaterra, así como una buena relación entre los poderes republicanos, que no se proponen a subyugar unos a los otros, sino a auto limitarse de acuerdo con sus funciones constitucionales, *verbis*: “«los derechos absolutos que pertenecen a todos los ingleses» – desde la seguridad de la libertad personal y del libre goce de los propios bienes – existen porque los ingleses en realidad nunca se han desviado de su constitución, que es bastante más fuerte que las continentales, bastante más precisas y determinada para impedir la formación de «un poder despótico y arbitrario de inspección sobre las acciones de los individuos.»” (FIORAVANTI, *Constitución*, cit., p. 99).

LOCKE, así como un consistente sentimiento republicano. La inconformidad de la colonia que lleva a la declaración de la independencia tiene por fundamento el principio del “*no taxation without representation*”, utilizado para protestar contra una tributación considerada excesiva, arbitraria, injusta y, principalmente, inconstitucional. Utilizando la propia constitución inglesa, la colonia norteamericana alega que no podría ser excesivamente grabada si no contara con representación en el parlamento inglés, de modo que pudiera defender legítimamente sus intereses. Por tanto, desde su fase pre-estatal, el constitucionalismo estadounidense se afirma en la supremacía de la constitución y en un fuerte respeto a la aplicación de los derechos fundamentales (de fuerte inspiración en el derecho natural)²⁸³.

Establecido a partir de una constitución escrita, el constitucionalismo estadounidense elabora una consistente doctrina, en la que destaca la obra de HAMILTON y MADISON (*Federalist*, 1788), en la que se establece una importante distinción entre un régimen *democrático* y un régimen *republicano*.²⁸⁴ Así lo hace al rechazar expresamente la posibilidad de una opción democrática que ultrapasara los límites establecidos en la constitución, lo cual impediría el auto limitación entre los poderes (*check and balances*).

De acuerdo con la concepción republicana consagrada en los Estados Unidos, el poder más temible es el poder legislativo, pues éste posee la función más relevante, la de legislar. En base a esto se propone atribuir también a los jueces el poder de limitar los actos legislativos y administrativos, cuando estos contradigan la constitución. Con esto, el paso más importante con relación a una concepción

²⁸³ Tal como apunta J.J. SANTAMARÍA IBEAS: “...el empirismo propugnado por Hume para el conocimiento general se traslada también al ámbito de lo jurídico, dependiendo por tanto los derechos de los que los ciudadanos son titulares no ya de su común naturaleza humana, sino más bien del sistema político en el que desarrollen su existencia y del ordenamiento que de cobertura a éste, abriéndose así el camino discursivo que luego seguirán Bentham y los Mill hacia la formulación de lo que será conocido como utilitarismo y que tanta repercusión tendrá en el territorio en que se desarrolla uno de los primeros modelos de derechos fundamentales, los Estados Unidos.” (SANTAMARÍA IBEAS, Javier, “Los textos ingleses”, p. 16). Esa concepción permite que muchos autores como Bentham critiquen el modelo francés fundado en “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, muy bonitos en un texto pero que en un plan fáctico no sirven a otro que al mantenimiento del *status quo*. Derechos que no cuentan con efectiva aplicación no son, por lo tanto, derechos. Ese es el problema de eficacia, o mejor, de la falta de eficacia, que gran parte de la teoría jurídica de los ordenamientos de inspiración francesa nunca supieron resolver.

²⁸⁴ En las palabras de FIORAVANTI: “Lo que el *Federalist* describía y sostenía era por ello una *constitución republicana*, democrática en lo que atañía a su fundamento, moderada y *equilibrada* en lo que atañía a la articulación de los poderes previstos y disciplinados en esa constitución. Este segundo perfil – incompatible con una constitución puramente democrática – comprendía determinadas decisiones de los constituyentes americanos: el bicameralismo, el poder de veto del presidente, el necesario consenso del Senado para el ejercicio de determinados poderes presidenciales.” (FIORAVANTI, *Constitución*, cit., p. 106-107).

constitucionalista estaba dado: la creación de un sistema de control de constitucionalidad. En las palabras de FIORAVANTI:

En definitiva, el control de constitucionalidad es esencial e indispensable no sólo como instrumento de protección de los derechos de los individuos y de las minorías – como el mismo Hamilton afirmaba – en relación a los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas, sino también y sobre todo con el fin de impedir que uno de los poderes, el más fuerte, que es siempre el poder legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la constitución, identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo. Es como si los jueces, actores e instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber recibido del pueblo soberano mediante la constitución.²⁸⁵

En lo que se refiere al pensamiento constitucionalista estadounidense, nos parece equivocado afirmar que éste no tenga un compromiso con el ideal democrático. Por el contrario, el constitucionalismo estadounidense es responsable por insertar un fundamento democrático en la constitución, en contraposición al modelo inglés que lo sostenía en la tradición. Además, restringe la soberanía a la constitución, de modo que ningún poder constituido, incluso el que tenga mayor relación con la legitimación democrática, como es el caso del poder legislativo, posee el derecho de sobreponerse a los demás poderes o a los derechos fundamentales de los individuos. De la misma forma que temían al constitucionalismo sin democracia, temían también a la democracia sin constitución.

Esa idea de respeto y equilibrio entre los poderes no está reproducida en la concepción francesa post-revolucionaria.

2.2.3.2 Modelo francés pos-revolucionario

En contraposición al modelo estadounidense de parlamento, el modelo francés post-revolucionario, que inspira a los sistemas constitucionales de gran parte de los países que adoptaron el modelo del *civil law*, difiere diametralmente del modelo estadounidense de constitucionalismo, hasta el punto de poder decir que – partiendo de la concepción actual de constitucionalismo –, el modelo francés no era

²⁸⁵ FIORAVANTI, *Constitución*, cit., p. 109.

de constitucionalismo, sino el de un traspaso del poder absoluto del rey para el poder absoluto de la asamblea, algo incompatible con el constitucionalismo actual, que defiende la soberanía de la constitución.

La propuesta francesa de organización política está fuertemente influenciada por las ideas de ROUSSEAU y su concepción de pueblo soberano, la cual, más adelante, es adaptada para el modelo representativo. Este, tal vez, sea el principal problema de la doctrina adoptada por el gobierno revolucionario con respecto al constitucionalismo: la adopción de la estructura representativa como posible expresión de la “voluntad general” (algo que, en principio, no está siquiera acepto por la doctrina rousseauiana), lo que acabó por transformarse en el principio de la Asamblea soberana.

La preocupación de ROUSSEAU con la imposición de límites al poder gubernamental –primera preocupación de la doctrina liberal– es eficazmente realizada con la creación del principio de la legalidad. Todavía, la concesión del gobierno revolucionario francés en el sentido de que la “voluntad general” del pueblo soberano pudiera ser desvelada a través de los representantes reunidos en el poder legislativo, impide que se encuentre en ese modelo una concepción de constitución tal como hoy la concibe el constitucionalismo. Al contrario, en el modelo francés post-revolucionario, la “constitución” está totalmente absorbida por la idea de soberanía popular manifiesta a través de la ley, donde el legislador, soberano, no está representado como un poder, sino como una voluntad originaria²⁸⁶. Al contrario de los límites constitucionales, lo que se impone es la primacía del legislador, de modo que no es posible sostener un modelo claro de separación de poderes, aunque éste estuviera presente en la constitución francesa post-revolucionaria. Como apunta FIORAVANTI:

Para los constituyentes franceses, la «separación de poderes» de la que hablaba el mismo artículo decimosexto, era más bien una palabra genérica de carácter político, contrapuesta como tal a la fórmula anterior del Estado absoluto. Y, por otra parte, de la misma Declaración surgía con fuerza, esta vez sin posibilidad de equívocos, el papel dominante del legislador y de la voluntad general que ya conocemos. No era difícil prever que la garantía de los derechos se confiaría a ese sujeto y a esa voluntad.²⁸⁷

²⁸⁶ FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 84-85.

²⁸⁷ FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 115.

A través del principio de la legalidad, el “legislador soberano” mantiene bajo su control el poder ejecutivo. Con relación al poder judicial, para asegurar el imperio de la ley y la hegemonía del legislador, el sistema francés crea el Tribunal de Casación, brazo del legislativo que, en la definición del propio ROBESPIERRE, es el “protector de la ley y órgano de vigilancia y control de los jueces.”²⁸⁸

2.2.4 La soberanía del parlamento y los derechos

En comparación con el modelo inglés, el modelo francés post-revolucionario presenta importantes diferencias también en lo que se refiere a la soberanía concentrada en el parlamento. En el modelo inglés, donde HAMILTON defendía el principio de la soberanía del parlamento, había, en consecuencia del *common law*, la importante y decisiva limitación impuesta por los derechos naturales a la propia competencia del parlamento. Esa fuerte tradición de respeto a los derechos naturales, presente en la tradición jurídica inglesa, impedía que el parlamento ejerciera su “soberanía” en lo que se refiere a la disposición sobre esos derechos.

En la tradición del *civil law*, aunque la Revolución Francesa hubiera innovado al presentar un extenso catálogo de derechos (Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1796) –instrumento que viene a ser considerado uno de los marcos de los derechos fundamentales –, la vinculación del legislador a esos derechos no representaba cualquier límite a la actividad

²⁸⁸ FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 116. En las palabras de Luis Prieto: “Con todo, sería un error pensar que este progresivo descrédito de la ley en cuanto que instrumento al servicio de la razón supuso también una quiebra de su fuerza como fuente suprema del Derecho. Todo lo contrario: por motivos políticos propios de la Europa de la época, aunque sostenidos en viejos argumentos ilustrados y rousseauianos, ya hemos dicho que el siglo XIX será el gran siglo del legalismo, es decir, de esa peculiar ideología jurídica que, prescindiendo de cualquier condicionamiento constitucional, confía a la ley la plena soberanía: la ley no puede todo, no depende de nada y es un dogma para el jurista y, desde luego, para el juez. Las pretensiones en favor de un Derecho superior, todavía presentes en el liberalismo revolucionario a pesar de su fe inmovible en la justicia de la ley, quedan por completo abandonadas; la ley es, sí, la expresión de una voluntad política que no tiene por qué coincidir con la razón, pero la ley es indiscutible y nada la condiciona, hasta el punto de que los propios derechos fundamentales se concebirían, no como una limitación externa que pesa sobre el poder político, sino como una autolimitación del Estado, esto es, de la ley: con «el reconocimiento de la personalidad del individuo el Estado se limita a sí mismo», de manera que el ciudadano no ostenta unos derechos previos en su calidad de individuo, sino que cuando ejerce sus derechos actúa en realidad como órgano del Estado. Sin embargo, esta supremacía política de la ley, que prácticamente se prolonga hasta el Estado constitucional de nuestros días, ya no era para los juristas del siglo XIX la supremacía racional de la Ilustración, aun cuando los argumentos de ésta no dejaran por completo de invocarse en forma más o menos retórica.” (PRIETO SANCHÍS, L., *Leys, principios, derechos*, cit., p. 18).

parlamentar. Inicialmente, porque en el proceso positivista de “derechos naturales” que generaron las “declaraciones de derechos”, la lógica que imperaba era la de que, si los derechos naturales eran tan claros y evidentes, ciertamente sería posible al legislador (con todos los predicados que le atribuía el régimen revolucionario) desvelarlos y reducirlos a declaraciones. En segundo lugar, por la práctica jurídica, en el sentido de que las declaraciones constituían nada más que normas directivas del legislador, con carácter meramente programático.²⁸⁹ Siendo la ley el único instrumento capaz de conferir derechos, solamente la ley podría desarrollar los derechos previstos en las declaraciones y atribuirles alguna operatividad.²⁹⁰ Estas dos características, propias del llamado “legalismo”, constituyen hechos determinantes para la reducción de los derechos a la ley y la sumisión de los derechos naturales a la soberanía del parlamento. Es también a partir de esa identificación de la “voluntad general” en el parlamento y la confianza en la racionalidad de la ley que se fundamenta una concepción contraria al establecimiento de “leyes fijas”, como la constitución, por cuanto esta condicionaría la decisión del pueblo soberano, lo que era incompatible con un parlamento soberano, que representaba a los intereses de un pueblo también soberano. No era, por lo tanto, admisible la imposición de límites al cuerpo legislativo por cualquier poder, acto o derecho, porque era este el detenedor de la soberanía.²⁹¹ Así que,

²⁸⁹ Conforme Luis Prieto: “El artículo 4 de la *Declaración* resulta en este aspecto muy significativo: de un lado, proclama que los únicos límites a los derechos son los propios derechos que también han de ser disfrutados por los demás, pero, de otro, se atribuye precisamente a la ley la facultad para determinarlos. Andando el tiempo, esta paradoja conduciría en Francia a una soberanía de la ley sobre los derechos, a una desconstitucionalización de la libertad sólo difícil y tardíamente remediada por la jurisprudencia; pero en la época de la Revolución esa paradoja no se veía o se pretendía resolver mediante un indudable optimismo histórico: el «legicentrismo» supone una absoluta «confianza en la razón del legislador para concretar los imperativos de la ley natural», que no son otros que la garantía de la libertad y el logro de la felicidad. Por sorprendente que parezca, la ley se convierte en «un fascinante producto cuyo contenido se resuelve, precisamente, en la libertad». (PRIETO SANCHÍS, L. *Leys, principios, derechos*, cit., p. 13).

²⁹⁰ Neste sentido a doutrina de G. ZAGREBELSKY: “En el fondo, incluso la proclamación de determinados derechos en las Cartas constitucionales sólo operaba jurídicamente como simple directiva no vinculante. Cuando en virtud de factores políticos prejurídicos prevaleciese en la ley una cierta concepción – la <liberal>, precisamente – de las relaciones entre Estado y los individuos, aquella podía operar como meca constitucional de la libertad. Pero como el alcance concreto de los derechos venía fijado por la ley, su función protectora de la libertad podía tomarse limitación o incluso abolición de la misma cuando prevalecían orientaciones histórico-político opuestas. (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, p. 49)

²⁹¹ Javier SANTAMARÍA IBEAS agrega, aún, como principal diferencia entre los modelos la diversa concepción de derecho público presente en los modelos del *common law* e *do civil law*. Según el profesor de la Universidad de Burgos: “Los factores principales sobre los que se pueden hacer descansar las diferencias de fundamentación, positivación e interpretación de los derechos en el Reino Unido respecto de las otras geografías de desarrollo de los derechos son básicamente tres: lo que se refiere al sistema constitucional británico que habrá de dar cobertura al reconocimiento efectivo de los derechos, la particular utilización del Derecho natural como fundamentación de los derechos subjetivos y también la especial dinámica que en el *Common law* tiene la diferenciación entre Derecho público y Derecho privado, lo que conlleva sensibles diferencias en la conceptualización o definición de lo que haya de entenderse por derecho subjetivo; habiendo de advertirse ya que tales diferencias se producen tanto en la génesis del reconocimiento y de la protección de

según ZAGREBELSKY, la primera de las grandes tareas buscadas por la concepción contemporánea de constitución está exactamente en distinguir entre ley, como regla establecida por el legislador y derechos fundamentales, como pretensiones subjetivas absolutas, que no dependen de un reconocimiento por la ley para que tengan aplicabilidad.²⁹²

En ese contexto, los derechos en el Estado liberal de modelo europeo-continental tenían un concepto muy limitado, pues siempre dependientes de la ley. Considerando que el parlamento representaba solamente a la clase de los propietarios y la ley apenas se ocupaba de la limitación del Estado, pasan a surgir algunas contestaciones sobre su representatividad en el momento en que la sociedad asume una composición más plural, principalmente a partir del surgimiento del proletariado. A partir de fines del siglo XVIII, la presión de esas categorías pasa a exigir un mayor intervencionismo del Estado y la necesidad de ver sus derechos reconocidos va colocando problemas no solamente a la ideología liberal, sino también al propio arreglo jurídico de un Estado hecho para la clase burguesa.²⁹³

El condicionamiento de los derechos a la ley, tal como ha sido construido por la doctrina liberal, constituyó una forma de apropiación y limitación del poder estatal en el período de su concepción. Incluso, más tarde, la disociación de los derechos de su fundamento racional acabó por cobrar su precio. Un modelo en que la ley no encuentra cualquier límite en derechos fundamentales puede causar problemas cuando las fuerzas políticas que comandan al gobierno dominan también al parlamento, algo que acabó por ocurrir en un sin número de casos –incluso luego después de la revolución francesa–, abriendo la posibilidad de constitución de

los derechos (siglo XVII) como en la actualidad, provocando hoy no pocas dificultades en organismos de carácter interestatal en los que participa el Reino Unido, especialmente en lo que se refiere al ámbito jurisdiccional.” (SANTAMARÍA IBEAS, Javier, “Los textos ingleses”, in *História de los derechos fundamentales, Tomo II, VOLUMEN III*, dir. Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA e Rafael DE ASÍS ROIG, Madrid: Dykinson, 2001, p. 9-10)

²⁹² En las palabras del autor italiano: «La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí misma con independencia de la ley.» (ZAGREBELSKY, G., *El derecho ductil*, cit., p. 47).

²⁹³ En las palabras de ZAGREBELSKY: “Aunque la ideología liberal postulase el Estado limitado o el Estado mínimo frente a la libertad de la sociedad civil, estos postulados no tenían – desde el punto de vista constitucional – un alcance básico o fundamentados y, por ello, las teorías del derecho se veían imposibilitadas para encontrar una fórmula general que sirviese para dar cuerpo a esta aspiración en un principio jurídico previo, y por consiguiente vinculante, la fuerza del Estado. En realidad, aunque aquel Estado pudiera ser “liberal” para la clase política de la que era expresión, no podía serlo para su antagonista histórico, el proletariado. La «gran división» que marea todo el siglo pasado y la permanente amenaza de la «cuestión social» supone para las instituciones liberales, no permitían más que un parcial y siempre revocable debilitamiento del Estado como fuerza soberana.” (ZAGREBELSKY, G., *El derecho ductil*, cit., p. 49).

gobiernos autoritarios y sin límite. Con la teoría de los derechos públicos subjetivos, así como era posible obligar al Estado ante los particulares –lo que era ya un avance– también se tenía el condicionamiento de los derechos privados a la ley. De este modo, en un derecho básicamente estatal y absolutamente dependiente de la voluntad política, una simple modificación política era capaz de modificar toda orden jurídica, porque todo estaba al alcance de la ley.

Apropiándose o cooptando el poder legislativo, no solamente el poder estatal podría liberarse de limitaciones a través de la abolición de la ley, sino que también bajo su autorización estaría libre para ingresar en todas las esferas del ámbito privado que entendiera pertinentes. Si el político no encuentra límites, basta la cooptación del poder legislativo para convertir un Estado liberal en un Estado autoritario.²⁹⁴ Si la ley es el parámetro de los derechos que dependen exclusivamente de esta, en la ausencia de la ley no hay derechos en contra el Estado. No habiendo límites a la ley o anteriores a esta, no se hace necesario ningún cambio - además del político - para que ese Estado liberal asuma rasgos de Estado autoritario. Tal como apunta ZAGREBELSKY, en el modelo europeo continental “no tuvo lugar, pues, el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario, se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera «constitución» jurídicamente operante no fue la Declaración, sino el Code Civil, no en vano denominado con frecuencia la «constitución de la burguesía» liberal.”²⁹⁵

Es entonces la posibilidad de apropiación por un único poder y la “vinculación de las generaciones futuras” (límites de alteración), lo que diferencian declaraciones materialmente tan semejantes como la Declaración de derechos estadounidense y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la Francia post-revolucionaria. Mientras la primera se refería a derechos que condicionaban toda la actividad legislativa y tenían aplicación por si mismos, estando sujeta a un control de

²⁹⁴ No que el modelo constitucional esté libre de este hecho, pues basta ver el ocurrido en Venezuela en los años recientes con Hugo Chavez, donde la constitución prácticamente llevó al país de un modelo liberal para un modelo autoritario, o al menos, de profundo desequilibrio institucional. Todavía, en el modelo constitucionalista, además de las dificultades existentes en lo que se refiere al *quórum* de la mayoría, hay en lo que se refiere a los derechos fundamentales una profunda atención con el origen de tales derechos – que tienen origen y relación con los llamados “derechos naturales” -, así como el desarrollo considerable de las instituciones, principalmente el poder judicial, para representar una resistencia crítica en la aplicación de “cualquier norma”.

²⁹⁵ ZAGREBELSKY, G., *El derecho ductil*, cit., p. 53.

constitucionalidad, en la segunda los derechos eran una mera declaración de intenciones, sometida al poder soberano del legislador.²⁹⁶

Los modelos que pueden ser llamados, por tanto, constitucionalistas, se caracterizan por presentar una ascendencia de la constitución no sólo en su aspecto formal, sino también a partir del reconocimiento de algunos derechos de carácter fundamentales, que no se encontraban disponibles por parte del legislador, pues son anteriores a éste. Esta es la diferencia fundamental entre la soberanía de la ley y la soberanía de los derechos.

2.2.5 Los modelos de separación de poderes

La regla de separación de poderes está consolidada a lo largo de la historia política reciente como un principio fundamental de la organización de los Estados modernos y contemporáneos, sea en el ámbito político, sea en el ámbito jurídico. Apesar de su posición de casi unanimidad en todos los regímenes no totalitarios, es posible observar, a lo largo de la historia y en concepciones constitucionales diversas, los diferentes sentidos que asume, de modo que haga posible que ordenamientos que lo reconozcan se distingan considerablemente entre sí. Estas diferentes concepciones de separación de poderes, que cambian principalmente en los modelos de Estado conocidos como Estado legislativo y Estado constitucional, ejercen un papel fundamental en las doctrinas que sostienen una supremacía legislativa en el trato con los demás poderes o una relación de equilibrio entre ellos, cuando reconocida la supremacía de la constitución. Esa relación de equilibrio o subordinación entre los poderes del Estado, generada por diferentes concepciones sobre el principio de la separación de los poderes, es de gran importancia en la definición de las fuentes del derecho, constituyendo punto fundamental en la división de modelos jurídicos distintos, como lo son los de los Estados legislativo y constitucional. De ahí la importancia de su análisis.

²⁹⁶ Como resume ZAGREBELSKY: "La característica principal de las Declaraciones americanas es la fundamentalización de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que puede establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente. (ZAGREBELSKY, G., *El derecho ductil*, cit., p. 54).

La primera de las concepciones, adoptada en el modelo jurídico y político francés pos-revolucionario, se basa en una separación de poderes caracterizada por el rigor en la interpretación de ese principio. Según esa concepción, cuanto más separados estén los poderes, mejor será la constitución de un Estado.²⁹⁷ Tal como refiere Michel TROPER, es ese aislamiento entre los poderes lo que caracteriza la Constitución francesa de 1791. Los poderes no tenían posibilidad de entrometerse unos con otros, lo que evitaba que se paralizaran mutuamente. Así, el Poder ejecutivo no poseía poder de veto en relación con los actos legislativos y ni siquiera la posibilidad de participar de las discusiones legislativas a través de pronunciamientos. Debería estar restringido a la ejecución de sus competencias, en los términos en que fue determinado por el Poder legislativo. Este modelo de separación rígida encuentra acogida en la doctrina de la época, salvo excepciones como la crítica de Madame Staël (1906), que acusa la Constitución de 1791 de haber “confondu la séparation nécessaire des fonctions avec une division des pouvoirs qui les rend forcément ennemis les uns des les autres”.²⁹⁸

En verdad, esa idea de aislamiento de los poderes y su restricción al cumplimiento de sus funciones específicas –sin interacción o actuación en el sentido de servir de límite o contrapunto a los demás poderes–, se muestra totalmente coherente con un modelo que se propone sostener una posición de supremacía del poder legislativo con relación a los demás poderes. Una vez que el poder legislativo debería ocupar una posición jerárquicamente superior a los demás poderes, es lógico que no se pudiera sostener una posición de equilibrio entre estos.

Además de la consagración de una supremacía legislativa, la concepción de separación rígida entre los poderes defiende una separación total en el ejercicio de sus actividades propias, de forma que ninguno de ellos podrá interferir en las decisiones tomadas por los demás. Es veto a cualquier interferencia entre los poderes, además de dejar libre al legislador de cualquier posibilidad de veto o control de constitucionalidad, permitía que el Poder Legislativo mantuviera su

²⁹⁷ “Puisque la règle de séparation des pouvoirs est une bonne règle, on ne saurait, a-t-on pensé, l’appliquer avec trop de rigueur. Plus le pouvoirs seront séparés, meilleurs seront les Constitutions. On est arrivé ainsi à établir au lieu de pouvoirs séparés, collaborant à l’œuvre commune du bien de l’État, des pouvoirs isolés, fonctionnant sans harmonie entre eux et dont l’action engendre nécessairement l’anarchie. Ce fut l’erreur fondamentale des Constitutions de 1791 et de l’an III”. (TROPER, Michel. “La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l’an III”, in *Le Constitution de l’an III*, org. CONAC, Gérard e MACHELON, Jean-Pierre, Presses Universitaires de France, 1999, p. 53).

²⁹⁸ Germaine de Staël. *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*. 1^{re} publication en 1906, Droz, 1979. (in TROPER, Michel. *La separation...* cit, p. 55-56).

posición de supremacía, a partir del condicionamiento de los demás poderes a través de la “ley”, único instrumento capaz de coordinar todas las funciones del Estado legislativo y al cuál debían total obediencia tanto el Estado como los ciudadanos. En el caso del condicionamiento de los Poderes Ejecutivo y Judicial a la ley, este es alcanzado por medio de una concepción rígida del principio de la legalidad²⁹⁹ y de la subsunción como única forma de interpretación, respectivamente.

Será, por tanto, en el aislamiento –que también es conocido como especialización de funciones–, el que se construye el modelo de separación rígida entre los poderes. Es, por ejemplo, en nombre de ese aislamiento que el derecho administrativo francés opta por separar la jurisdicción administrativa de la jurisdicción común, confiándola a un órgano propio ubicado dentro del poder ejecutivo. De esa forma, el poder ejecutivo tendría garantías frente a injerencias que podrían ser cometidas por el poder judicial.³⁰⁰

Pues una vez establecida y consolidada la concepción de separación rígida, restaba la doctrina que defendía el Estado legislativo de responder al problema relativo a la concentración del poder estatal en el poder legislativo, algo que, en teoría, era exactamente el fundamento de la separación de poderes, buscada por MONTESQUIEU en el modelo inglés. Tal como observa M. TROPER, el objetivo de elevar el principio de la separación de poderes a una condición de principio constitucional era el de propiciar el reparto de competencias. En el momento en que las competencias son repartidas y ningún poder es sometido al otro, sino tan sólo a la constitución, se aleja el peligro de un despotismo por parte de cualquier uno de ellos. Al colocar la cuestión de tal forma, se verifica no sólo la función constitucional de organización de las competencias que serán ejercidas dentro de un Estado, sino la necesidad de esas competencias de se auto limitaren unas a las otras, evitando

²⁹⁹ Legalidad aquí entendida en el sentido clásico del modelo de Estado legislativo según la cual la Administración solamente puede actuar cuando autorizada y en los términos en que autorizada por la ley. En ese sentido observa Michel TROPER que: “Cette idée (de equilibrio entre los poderes) est pour le moins étrange si l’on considère qu’un pouvoir chargé d’«exécuter» les lois est par définition subordonné à celui qui les fait et que l’idée d’un équilibre entre un pouvoir supérieur et un pouvoir subordonné est une contradiction dans les termes” (TROPER, M., p. 56)

³⁰⁰ El único poder que no cuenta, en realidad, con una especialización, es el Poder judicial, de forma a ser posible poner en duda el propio modelo de reparto de poderes del Estado, donde en muchos de los casos se consideraba en la época apenas la división entre los poderes ejecutivo y legislativo, siendo la función judicial una mera actividad automática, case administrativa. En otros casos, aunque considerada el modelo tripartita, la función judicial está verdaderamente reducida al Estado legislativo, porque la propia función de interpretación es, en muchos casos, confundida con la legislación, en el momento en que se entiende la interpretación como una usurpación de la función legislativa. De esa forma, la función judicial está profundamente reducida en ese modelo de Estado, lo que no ocurre, por ejemplo, en un modelo de equilibrio entre los poderes. De ese punto, trataremos más detalladamente adelante.

así cualquier posibilidad de concentración de poder por algún grupo, órgano o poder estatal. Por esa razón, ya se consagraba la separación de poderes como derecho del ciudadano reconocido en la propia Declaración de Derechos del Hombre, cuyo artículo 16 disponía que «Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a point de Constitution».

Para resolver el problema de control, la doctrina legicentrista de la época acaba por crear una división en el poder legislativo, que tenía como objetivo dar la impresión de una posibilidad de limitación del poder y de evitar el despotismo. Conforme afirmaban, con la división del poder legislativo en dos cámaras, sería posible un equilibrio, no entre poder legislativo y ejecutivo, sino entre órganos diversos del propio poder legislativo. En las palabras del Abad de Sieyès: «Unité toute seule est despotisme; division toute seule est anarchie, division avec unité donne la garantie sociale sans laquelle toute liberté n'est que précaire»³⁰¹.

Resta, por fin, al proceso de dominación por parte del poder legislativo, la eliminación del único instrumento capaz, en algunos casos, de escapar al control de la ley: la interpretación. Constituyendo la interpretación la función principal de la actividad judicial y reforzando la regla de la especialización, no sería posible al Estado legislativo ejercer control sobre una actividad inexorablemente judicial. Esto posibilitaría que la interpretación pudiese establecerse como fuente importante de derecho, dividiendo, en este caso, su protagonismo con la ley. De acuerdo con esto, la doctrina de la época ha definido el problema a partir de una confusión de los conceptos de "interpretación" y "legislación", donde se sustenta la imposibilidad de ejercicio de cualquier grado de creatividad o de establecimiento de sentido en el proceso de aplicación concreta de las situaciones abstractas previstas por la ley.

Así se sustenta a partir de la afirmación de que cualquier innovación hecha en el proceso de aplicación de la ley constituía una usurpación de la función legislativa por parte del juzgador, lo que no podría ser permitido teniendo en cuenta la especialización. De la misma forma, tal como se ha consolidado en la máxima del principio de la legalidad, en caso de que no fuera posible encuadrar una situación fáctica a la situación abstracta prevista en la ley, ninguna alternativa era posible al juzgador más que el reconocimiento de la licitud, por cuanto al particular era posible

³⁰¹ Sin embargo, como se opone M. TROPER, la unidad por sí es aquella de una asamblea legislativa que, gracias a la supremacía de la ley, se puede apropiarse de la totalidad del poder, lo que es la definición misma de despotismo. (TROPER, Michel. "La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III", p. 68)

hacer todo aquello que no fuera prohibido por la ley. Lo que estaba fuera de la ley no era jurídico y, por tanto, no podría ser utilizado por el juzgador.

Por otro lado, ante la ausencia de algún derecho superior a la ley –tales como la constitución o el derecho natural–, no disponía el juzgador de ninguna base para el ejercicio de una interpretación que le permitiera agregar, conciliar o contrariar a la ley. En un modelo rígido de separación de poderes, la mera atribución de sentido a un término previsto en la ley constituía inadmisibles usurpación de la actividad legislativa, por lo que se consideraba tal hecho, inherente a la actividad de “interpretación”, como factible de alterar la “voluntad del legislador”.

De ese modo, para garantizar un “necesario” control sobre la función judicial, los ordenamientos jurídicos del Estado legislativo no sólo determinaban una técnica de interpretación mecánica de subsunción de los hechos a la norma, sin ninguna posibilidad de moderación o juicio crítico, sino que también instauraban mecanismos procesales de control del cumplimiento de la aplicación estricta de la ley, sin cualquier grado de creatividad.³⁰² En este proceso, se destaca la presencia de los Tribunales de Casación, que tenían por finalidad garantizar la más estricta observancia de la ley por parte de los magistrados y, para casos más difíciles que exigían alguna interpretación de términos vagos, la devolución de la materia al propio legislador, para que éste esclareciera cuál el sentido correcto del término. Este ejemplo clarísimo de interpretación auténtica estaba previsto, por ejemplo, en la constitución francesa de 1789.³⁰³

³⁰² Conforme M. TROPER: “D’autre part, le système du référé législatif, institué para la Constitution de 1791, est reproduit en l’an III. Ce système oblige le Tribunal de cassation, en cas de nouveau pourvoi contre une décision rendue après une cassation, à renvoyer l’affaire devant le Corps législatif. On présume en effet que la loi est obscure et doit être interprétée, mais comme on admet que l’interprétation est une recreation de la loi, on ne saurait laisser ce pouvoir au tribunal de cassation et il faut le confier au législateur. Celui-ci fera alors une loi nouvelle, à laquelle le tribunal sera tenu de se conformer. Le Corps législatif aura ainsi énoncé une loi à propos d’une affaire en litige.” (TROPER, cit., p. 63).

³⁰³ En ese sentido la observación de M. TROPER que, a pesar de extensa, es verdaderamente esclarecedora: “Puisque l’interprétation relevait du pouvoir législatif, on estimait que, en cas de doute sur le sens de la loi, il appartenait au juge de se retourner vers le législateur, c’est-à-dire vers le roi. Cette solution, dénommée référé législatif, avait été adoptée par une ordonnance de 1667, qui disposait :

« Si dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l’exécution de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu’en cas elles aient à se retirer par devers nous pour apprendre ce qui sera notre intention. »

Les Parlements avaient cependant persisté, jusqu’à la Révolution, à donner dans les arrêts de réglemens des interprétations des lois. C’était là l’une des formes dans lesquelles ils exerçaient le pouvoir législatif.

C’est cette même conception qui inspirait d’ailleurs le code de Frédéric II :

« Faison défenses aux juges d’interpréter dans les cas douteux...voulons que lorsque quelque point de ce corps de droit paraîtra aux juges être douteux et avoir besoin d’éclaircissement, ils aient à s’adresser au Département des affaires de Justice.... »

Imposibilitado de cualquier participación propia en el proceso de interpretación, la actividad del juez quedaba restringida a una mera actividad mecánica y autómatas de sumisión de los hechos al texto de la ley. Incluso, nos parece que tal concepción de función judicial desconsideraba la relevante diferencia entre la previsión en abstracto y su aplicación en concreto. Más aún, ni siquiera permitía la identificación clara de una función judicial. Como observa TROPER, es posible en ese modelo de separación rígido, comprender que el poder judicial no puede ejercer otras competencias extrañas a las suyas. Lo que se hace difícil, en ese caso, es comprender cuáles eran las competencias del poder judicial.³⁰⁴

A partir del modelo de separación rígida de poderes, la actividad judicial está reducida a una mera actividad silogística de sumisión de la situación fáctica a la previsión abstracta contenida en la ley. Solamente de esa forma sería posible el respeto a la voluntad del legislador, el respeto a la legalidad y a la separación de poderes, además de evitar una actuación abusiva por parte de los jueces en el sentido de utilizar en el juzgamiento sus opiniones o creencias personales. A pesar de que tal doctrina fuera dominante y de acuerdo con la idea predominante de supremacía del poder legislativo, ya era posible encontrar críticas como las de MONTESQUIEU, quien denunciaba que, en tales condiciones, el poder de juzgar se hace “algo nulo, y los jueces no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor”.³⁰⁵

Pero algunos problemas comienzan a surgir en base al evidente equívoco, cometido por parte de la doctrina que sostenía la separación rígida de poderes, de intentar tratar como sinónimos procesos tan distintos como el procedimiento legislativo y el proceso de interpretación. Primeramente, porque el proceso legislativo –como siempre fuera concebido– solamente puede tener por objeto situaciones abstractas. Aunque no consideremos el hecho de la imposibilidad de previsión de todas las conductas posibles –problema efectivamente serio que el derecho enfrentará adelante–, la simple limitación semántica de la previsión

C'est donc une simple application de cette ancienne doctrine qui conduit l'Assemblée constituante à interdire aux tribunaux l'interprétation des lois et à instituer un référé législatif. Cette solution se trouvait déjà comprise dans le premier projet de constitution du 17 août 1789, dont l'article 9 du titre I était ainsi rédigé :

« Il ne sera permis à aucun juge, en quelque manière que ce soit, d'interpréter la loi; et, dans le cas où celle-ci serait douteuse, il se retirera para devers le corps législatif, pour en obtenir, s'il en était besoin, un loi plus précise » ”.

³⁰⁴ TROPER, “La notion de pouvoir judiciaire au debut de la revolution française”, cit., p. 360.

³⁰⁵ MONTESQUIEU, L'Esprit des les loi, libro XI, chap. VI.

abstracta con relación a las condiciones concretas es capaz de evidenciar que esa confusión entre legislación e interpretación no sería posible. Inicialmente, la dificultad surge porque la previsión abstracta apenas considera una situación patrón, constituida por una previsión basada en individuos medianos, algo que raramente se repite en las situaciones concretas. Considerando el hecho de que, en la estructura normativa pensada, la norma abstracta ya trae una solución-patrón?, se le retira del juzgador la necesaria capacidad de mensuración del rigor de la ley adecuada a las circunstancias del caso concreto, tal como ya apuntado por MONTESQUIEU. Por otro lado, como más tarde fue tratado por HART, las normas abstractas están, semánticamente, siempre sujetas a un número considerable de interpretaciones posibles.³⁰⁶

Es evidente, por tanto, que el deseo del legislador decimonónico de concentrar toda la actividad “interpretativa” acaba por generar un sinfín de casos, donde es posible la duda al juzgador, por lo que la devolución al legislador para su solución, además de atacar frontalmente la abstracción necesaria de la ley, termina por sumergir el poder legislativo en demandas que tienen por objeto la solución de dudas interpretativas.

Hay, entre interpretación y legislación, una abismal diferencia, porque la primera se refiere, en sentido estricto, a la integración entre situaciones fácticas y normativas, mientras que la segunda es un proceso eminentemente normativo y abstracto. Una vez considerada la actividad judicial, es posible notar que, en casi la totalidad de las demandas, las partes conocen las normas existentes y las consecuencias jurídicas en ellas previstas, así como muchas veces no difieren sobre la situación de hecho. Su divergencia se halla, eso sí, en cuanto a la norma que debe ser aplicada y, en esa discusión, cuál es el significado de los términos en ella contenidos. En suma, la divergencia no está en el contenido de la ley, sino sobre cuál es el derecho de la parte.³⁰⁷

³⁰⁶ Eso todo, claro, sin contar con la dudosa abstracción de la interpretación auténtica hecha por el órgano legislativo en caso de dudas con relación al sentido de determinada norma, el que era formulado solamente a partir de un caso concreto.

³⁰⁷ Conforme apunta M. TROPER, las concepciones del Estado legislativo respecto a la actividad interpretativa son resumidas y consolidadas en un hecho legislativo de modo que no restara dudas sobre la sumisión completa de la interpretación de la ley a la actividad legislativa. En ese sentido el establecimiento de una serie de presunciones que fueron traídas por la ley de 27 de noviembre – 1º de diciembre de 1790:

“a) L’interprétation *in concreto* n’est pas normalement une interprétation, mais une simple application de la loi, car elle ne porte que sur la mineure et non sur la majeure du syllogisme. Elle est donc atorisée.

De esa forma, lo que queda claro en el estudio de la concepción rígida de separación de poderes es que ésta utiliza, para la definición la naturaleza de los actos estatales, un criterio eminentemente orgánico y formal, en el sentido de que los actos y competencias son definidos no por su contenido, sus características o por la materia que traen, sino principalmente por la forma en que son ejercidos y por el órgano del cual emanan.³⁰⁸ Así, lo que interesa para caracterizar la función judicial es procede del poder judicial, por ejemplo. Aunque el ejecutivo juzgue, como lo hacía en los procesos del contencioso administrativo, o el poder legislativo juzgue en los casos de “dudas de interpretación” (donde tienen las bases del caso concreto), no se incluyen tales actos como ejercicio de la función judicial, pues lo que vale en el modelo de separación rígida es la proveniencia.³⁰⁹

Este criterio evidencia un modelo no preocupado con la división de competencias garantizadas a partir de la constitución, sino en la construcción de un modelo de supremacía legislativa donde los poderes no cuentan con mecanismos para limitarse a si mismos. No es posible, por tanto, el equilibrio si hay supremacía. Una vez que los poderes están aislados entre si, encuentran solamente en la ley – proveniente del poder legislativo– su instrumento de limitación, lo que demuestra el cumplimiento del objetivo de la separación rígida de garantizar un modelo de supremacía legislativa.

2.2.5.1 Modelo constitucionalista de separación de poderes

-
- b) Une mauvaise interprétation *in concreto* n'est qu'une violation de la loi, une fausse application de la loi, dans le vocabulaire de l'époque (Troper 1973, Halperin 1987). Elle doit être sanctionnée par la cassation. On institue donc un Tribunal de Cassation, qui n'exerce pas non plus le pouvoir législatif, puisque son contrôle ne porte que sur la mineure.
 - c) l'exercice de ce contrôle peut révéler que la loi est obscure et qu'il y a lieu de l'interpréter (*in abstracto* cette fois). C'est le cas "lorsque, après deux cassations successives, le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers" (1) et c'est au législateur qu'il appartient alors de donner une interprétation.
 - d) le législateur n'interprétera pas *in concreto*, mais *in abstracto*. Il fera la majeure du syllogisme et cela dans la forme législative habituelle, puisque interpréter *in abstracto* c'est légiférer." (TROPER, M. "Le pouvoir judiciaire...", cit., p. 360-361).

³⁰⁸ En las palabras de M. TROPER: "Elle est très représentative de la méthode générale du droit français, qui est organique et formelle en ce sens que les actes et les compétences y sont définis non par leur contenu, leurs caractères ou la matière sur laquelle ils portent, mais principalement par la forme dans laquelle ils sont exercés et l'organe dont ils émanent." (TROPER, M. "Le pouvoir judiciaire...", cit., p. 364).

³⁰⁹ De ese modelo hasta hoy encontramos resquicios, aunque se haya pasado por el modelo rígido de separación de poderes, en el hecho de que aún caracterizamos, por ejemplo, la función meramente administrativa practicada por el poder judicial, tal como hoy llamamos los procedimientos de "jurisdicción voluntaria". Esas funciones, que nada más son que actividades administrativas de la competencia del poder judicial, aún suelen ser llamadas "judiciales", tan solamente por la adopción del criterio estudiado de proveniencia. Mismo ultrapasada la noción de separación rígida de poderes y clasificación por la proveniencia en lugar de la característica del hecho, algunas marcas permanecen.

Analizado el modelo de separación rígida de poderes adoptado en el Estado legislativo, organizado de acuerdo con las necesidades de mantenimiento de una supremacía del poder legislativo frente a los demás poderes y pautado en una lógica de especialización que impedía la interacción entre los poderes estatales por considerar indeseable y predatoria una posibilidad de actuación en conjunto, tenemos entonces que hacer referencia a su contrapunto, como es un sistema de separación de poderes no rígido, el cual está sustentado por el constitucionalismo.

Por fundamentarse en bases que proponen la supremacía de la constitución, en lo que se refiere a la relación entre los poderes, el modelo constitucionalista de separación no rígida está caracterizado por la propuesta de equilibrio entre los poderes. Diametralmente opuesto al principio de la especialización, que impedía la interferencia de un poder sobre el otro (excepto cuando se tratara del poder legislativo), el sistema sustentado en la supremacía de la constitución se organiza a través de una clara definición de competencias dispuestas en la constitución, de forma que a cada poder serán delegadas actividades específicas, las cuales, en algunos casos, pueden incluso ser coincidentes. En estos, casos, lo que va a determinar la posición final será la definición constitucional sobre cuál poder deberá tener la última palabra con respecto a cada materia.

Este sistema autoriza una actuación que no se apoya apenas en la “separación”, sino sobre todo en el funcionamiento “armónico” entre los poderes, que deben actuar a través de una mutua colaboración y, más importante, donde cada uno impone los límites necesarios al otro, de acuerdo con las competencias definidas constitucionalmente. Tal sistema está conocido como “*check and balances*”, lo que sólo resalta la propuesta de equilibrio entre los poderes. Si pueden limitarse mutuamente y ejercer control entre si es porque está descartado, a partir de ese modelo, cualquier relación de subordinación (salvo, evidentemente, a la constitución).

De la misma forma, si en el régimen de separación rígida de poderes teníamos una definición de la naturaleza de las funciones ejercidas a partir de criterios orgánicos y formales, en el caso de la separación no rígida, la naturaleza de las funciones desempeñadas dependerá estrictamente de criterios de competencia previstos en la constitución. Así que, en muchos casos, es normal una superposición de decisiones –constitucionalmente jerarquizadas– donde es posible verificar el

poder judicial determinando la práctica de determinado acto al poder ejecutivo, o incluso el poder ejecutivo aplicando un veto constitucional a un acto legislativo. Tales posibilidades, que son inherentes a una relación de mutuo control, dependen de las competencias constitucionalmente atribuidas, no estando nunca los actos restringidos al control interno del propio poder.

En lo que se refiere al acto legislativo, a partir de un sistema de separación de poderes no rígido es posible continuar entendiendo a la ley como fuente importante de derecho, pero nunca como única fuente. Tal concepción posibilita la consideración también de las actividades ejecutiva y judicial como fuentes importantes del derecho, porque a estos les es posible interpretar la ley y la constitución, actuando conjuntamente con el poder legislativo –dentro de sus competencias propias– en la definición del derecho, es decir, en la construcción de sentido de los términos jurídicos.

En ese contexto, se separan claramente las actividades legislativa e interpretativa, delineándose un modelo de separación de poderes donde todos poseen competencias definidas, resultando que no es raro que tales competencias interaccionen, lo que posibilita un control recíproco. El legislador mantiene su competencia legislativa que está sometida a la interpretación ejecutiva y judicial. Estas ocurren en momentos distintos: una con la elaboración de la ley, las otras en el momento de su aplicación. Por otro lado, la ley no se sitúa absolutamente por encima de los demás poderes, una vez que está sujeta a veto por parte del poder ejecutivo o al control de constitucionalidad judicial. De la misma forma, juez y administrador están sujetos al principio de la legalidad, de forma que todos se limitan mutuamente, al mismo tiempo en que colaboran en la tarea de concretización y aplicación de la constitución.

Sin embargo, es posible concluir que en un modelo basado en la supremacía de la constitución, donde ninguno de los poderes constituidos se presenta como ilimitado (y, por lo tanto, soberano), está permitido al derecho aumentar el número de sus fuentes jurídicas. Las relaciones entre derecho y política se guían por la autonomía, una vez que el derecho no es absolutamente dependiente de la política, ni ésta del derecho. Incluso, uno constituye elemento indispensable para el ejercicio del otro. Tal cuadro refleja bien la relación de equilibrio entre los poderes, donde ningún poder tiene su actuación meramente aislada o totalmente dependiente de un

otro. Por el contrario, actúan de forma complementaria y a partir de una relación de mutuo control, porque ninguno de ellos detenta la soberanía y todos ejercen sus competencias otorgadas por el pueblo soberano.

2.3 LA REPRESENTATIVIDAD

Otro de los pilares sobre el cual construimos nuestro análisis entre democracia y constitucionalismo está en la concepción de representatividad, la cual, en nuestra opinión, constituye uno de los fundamentos base, tanto de la construcción de un concepto de democracia identificado con la simple decisión de las mayorías, como de las críticas a este concepto por las que proponen un concepto más complejo de democracia, donde la decisión de las mayorías esté limitado por parámetros materiales de protección de las minorías.

La noción moderna de democracia y su asociación a la regla de decisión de las mayorías tiene su inicio en la doctrina de Jean-Jaques ROUSSEAU y su construcción del concepto de “voluntad general”, cuyo desvelo era posible solamente a través del ejercicio de la democracia. No obstante, al analizar las deformaciones del proceso democrático, si consideramos la idea original de ROUSSEAU de ejercicio de la democracia solamente en la forma directa, es posible observar su desconfianza con respecto a la posibilidad de representación del pueblo soberano.³¹⁰ Este hecho será de gran importancia en adelante, cuando se analicen las críticas al proceso democrático-representativo y las vicisitudes que presenta relativas a la creencia de que la representación del pueblo es auténtica y capaz de desvelar la “voluntad general”, versión originalmente concebida por ROUSSEAU.

En relación con el tema de la representatividad en el proceso democrático, la obra rousseauiana es contradictoria en algunos puntos, porque inicialmente se posiciona en contra de la posibilidad de una manifestación democrática indirecta para, más tarde, reconocer la imposibilidad de utilizar la forma directa de democracia en sociedades complejas, por lo que tendría que admitir la posibilidad de democracia

³¹⁰ “La sovranità per Rousseau «non può essere rappresentata» perché essa esprime la «volontà generale, e la volontà non si rappresenta: o è la stessa, o è un'altra; non c'è via di mezzo»” (in BONGIOVANNI e GOZZI, “Democrazia”, cit., p. 225, citando ROUSSEAU, 1979, III, XV).

indirecta, o sea, de la vía de representación. La reticencia de ROUSSEAU con respecto a la democracia representativa también desvela un temor que más adelante viene a confirmarse: el de que en la democracia representativa los ciudadanos manifiestan sus intenciones periódicamente y se alejan de las decisiones importantes tomadas por sus representantes, permitiéndose tratar de sus asuntos privados y olvidándose (o transfiriendo) de sus responsabilidades públicas. En el proceso directo, los ciudadanos no solamente se comprometen más con los asuntos que le afectan, sino que también se obligan más con la decisión tomada y no permiten la negociación de sus intereses. Incluso, ante la pérdida del compromiso que genera la participación directa, ROUSSEAU está dispuesto a admitir la imposibilidad de un régimen directo de democracia en grandes Estados, lo que, como observa URIBES, abre la puerta, aunque trasera, a otra democracia, que necesita de mediadores, de delegados o representantes, la que hoy conocemos como democracia representativa.³¹¹

Desde su inicio (modelo francés post-revolucionario), la utilización de la democracia representativa ya presentaba un cierto grado de degeneración con respecto a la concepción inicial propuesta por ROUSSEAU, que asociaba la posibilidad de revelación de la “voluntad general” a su conformación con la opinión pública. Si esa correspondencia estaba garantizada en la democracia directa, lo mismo no se podría decir de la democracia representativa. Lo máximo posible sería el establecimiento de una presunción de correspondencia de voluntades de representante y representado, que fue exactamente lo que los gobiernos post-revolucionarios franceses trataron de establecer.³¹²

Conforme destacaba el propio ROUSSEAU, demostrando toda su desconfianza para con el modelo representativo para desvelar la “voluntad general”: “en el instante en que un pueblo nombra representantes, ya no es libre, ya no existe”.³¹³ Sin embargo, para no condenar su doctrina a la inoperancia, ROUSSEAU

³¹¹ UBIBES, J.M.R., *Sobre la democracia de Jean-Jaques Rousseau.*, cit., p. 58.

³¹² Como destaca URIBES: “Es verdad, sin embargo, que, a pesar de los controles que introduce Rousseau, la democracia representativa implica un cierto grado de «degeneración» respecto a la democracia directa, en la medida en que se aleja, más que ésta, de su obligada correspondencia con la opinión pública – voluntad general. No hay correspondencia más directa y, por ello, auténtica, en el plano ideal o teórico, que la plena coincidencia entre representante y representado. Quien mejor se *representa* a sí mismo, aunque sea una obviedad (pero no es un obviedad irrelevante), es uno mismo. Quien mejor puede interpretar sus opiniones y su voluntad, es el autor de las mismas.” (UBIBES, J.M.R., *Sobre la democracia de Jean-Jaques Rousseau.*, cit., p. 60).

³¹³ ROUSSEAU, J.J. “Du contrat social”, Chapitre XV, Livre III, en *Ouvres Complètes*, vol. III, Paris: Gallimar, 1964, p. 431.

pasa a conjugar su noción de democracia y “voluntad general” con la tradición republicana, de forma que, dentro del Estado, la figura capaz de desvelar la idea de “voluntad general” es la figura casi mítica del legislador, único capaz de desvelar los intereses del pueblo soberano dentro del Estado.

En el modelo inglés, por el contrario, la idea de democracia siempre estuvo relacionada con la idea de representación. A partir de la concepción de autores como LOCKE, la democracia representativa no constituye algo mítico y perfecto como la “voluntad general” de ROUSSEAU, sino que es simplemente un modo de decisión política que convive con los derechos y es, en cierto grado, limitada por estos. Así que, aunque en Inglaterra fuera defendido el principio de la “soberanía del parlamento”, esta nunca adquirió el sentido de ilimitado que poseía en el modelo francés. Además, la noción de representación constante en el modelo parlamentario inglés era tan evidente que aún era dividida en clases, donde parte de las competencias era atribuida a la Cámara de los Lores (constituida por representantes de la nobleza), parte a la Cámara de los Comunes (representantes de los propietarios) y otras al Rey, de forma que siempre debería ser considerada la opinión del otro grupo para que se obtuviera reciprocidad de tratamiento y, de esa forma, pudiera mantener un equilibrio entre los diversos intereses existentes dentro del Estado. La soberanía del parlamento estaba en el hecho de que éste concentraba todos los poderes del Estado³¹⁴, no en la imposición de éste con relación a las demás instituciones.

Ya en el caso estadounidense, donde fue adoptado el modelo de democracia constitucional, el poder legislativo no es visto como poder soberano, sino limitado. Tras la independencia, el cuerpo legislativo nace limitado por la constitución y por los derechos fundamentales, además de sujeto a competencias y sometido al control de constitucionalidad. Esto permite a los autores constitucionalistas reconocer la

³¹⁴ “Un parlamento de este género (que representa la voluntad del rey, de la componente popular y de la aristocracia), constituido para representar y contener la multitud de instituciones y lugares de los que el reino se compone no pretenderá de ninguna manera representar al «pueblo soberano» y menos aún haber recibido de ese pueblo el mandato de gobernar, de disciplinar las relaciones civiles y sociales con el soberano instrumento de la ley. Precisamente por ese motivo el parlamento inglés, así entendido, no constituirá nunca una verdadera amenaza a la supremacía de la ley del país (*supremacy of the law of the land*), que es la ley que los tribunales común y generalmente aplican: ese parlamento es, en efecto, expresión de un sentido histórico y de manera casi natural y necesaria de la misma realidad social y política que ha dado lugar a esa ley; y no constituye de ninguna manera un «sujeto» por sí mismo, dotado de una «voluntad» política autónoma que pretenda imponerse a la sociedad y a los jueces, acaso en nombre del pueblo soberano, como había sucedido en el tiempo de la Revolución.” (FIORAVANTI, Mauricio. *La constitución de los modernos.*, cit., p. 145).

“representatividad” democrática, en el sentido de que es legítimo, en cierta forma, al legislador defender los intereses del grupo que representa, por lo que sus decisiones deberán respetar los derechos previstos en la constitución y que de ninguna manera posean una presunción de virtud.

El modelo francés, por el contrario, se caracteriza por la utilización de un modelo representativo como sustitutivo de la democracia directa, como si éste fuera apto el respeto de la “voluntad general”, presente en la doctrina de ROUSSEAU. Esta opción se hace evidente en la redacción del art. 6º de la declaración de derechos de 1789, donde la opción entre democracia indirecta y directa está dejada de forma indefinida, pero siempre con énfasis en el hecho de que la ley, sea ella producto de la democracia directa o indirecta, es la expresión de la “voluntad general”. En realidad, según la doctrina rousseauiana, no sería la ley el acto dotado de soberanía, sino la “voluntad general”, lo que acabó generando una división entre la constitución jacobina de 1793, que plegaba la democracia directa y un segundo modelo, basado en la doctrina del Abad de Seyés, que concebía la posibilidad de una representación general del pueblo. El representante, según Seyés, no trataría de los intereses corporativos de sus electores, sino que actuaría como representante de toda la comunidad, de forma que las deliberaciones democráticas indirectas pudieran servir de alternativa para la representación de la voluntad general, tal como lo concebía ROUSSEAU. En ambos los casos, el producto de esa manifestación directa o indirecta de la voluntad del pueblo será la ley y es alrededor de esta que se establecerá la convergencia en relación con los intereses de la colectividad. Como resumen BONGIOVANNI y GOZZI, la interpretación que acabó prevaleciendo en relación con el art. 6º sobre la forma de democracia, sea directa o representativa, es la de que:

[...] entrambe le concezioni concordano sul fatto che la legge, sia questa espressione diretta del popolo o il prodotto della rappresentanza nazionale, è la forma attraverso la quale si esprime la volontà della nazione: la legge è in entrambi casi «un valore in sé», lo strumento della affermazione del nuovo ordine sociale voluto dalla rivoluzione. La legge è lo strumento che, contro i privilegi e il particolarismo giuridico, afferma la certezza del diritto, l'egualianza tra gli uomini e rende possibile i diritti. Per questo il legislatore è considerato virtuoso: egli è l'interprete della volontà generale del popolo o

della nazione e colui che riesce a superare gli interessi particolari e le fazioni.³¹⁵

Por tanto, aunque la “voluntad general”, como elemento de representación de la voluntad del pueblo soberano haya sido concebida como síntesis de la manifestación directa de ese pueblo, la interpretación prevalente tras la revolución francesa acabó por proporcionar una alteración sustancial en el concepto de democracia. De una democracia que relacionaba umbilicalmente la titularidad de la soberanía con su ejercicio directo, se pasa a un concepto de democracia que permite el ejercicio indirecto del poder soberano concedido por el pueblo, o sea, de una democracia directa, se pasa a una democracia representativa, como si fueran sinónimos. En ese modelo representativo, toda la soberanía del pueblo está transferida a sus representantes, siendo la ley el instrumento de ese acuerdo entre los representantes y considerada la fuente hegemónica y incontestable del derecho. Será la ley la encarnación de la “voluntad general”, eslabón entre el político y el jurídico y que, por tanto, jurídicamente no encuentra ningún límite.

2.3.1 Procesos de mitificación y desmitificación de la ley: la crisis de representatividad y la soberanía de la ley

El proceso de constitución de la ley como fuente hegemónica del derecho en algunos ordenamientos jurídicos que adoptaron el modelo francés post-revolucionario tiene por fundamento la creencia en su capacidad para servir como instrumento de revelación de la “voluntad general”, representando de forma incontestable los intereses del pueblo soberano. Partiendo del examen de los diversos modelos de representatividad y soberanía, es posible comprobar la posición jerárquicamente superior que disfrutaba el Poder Legislativo con respecto a los demás poderes, actuando prácticamente como un poder soberano, lo cual tiene como consecuencia la generación de una posición de supremacía de la ley como fuente de derecho. De acuerdo con la propuesta legalista, sólo hay derecho a partir de la ley, lo que constituye algo diferente de los modelos anglosajones, en los que la

³¹⁵ BONGIOVANNI e GOZZI, “Democrazia”, cit., p. 228.

ley es apenas una entre las fuentes del derecho, con una clara separación (nada casual) entre los conceptos de ley y derecho. En el presente punto, trataremos de las bases en que fue construida esa posición de supremacía de la ley, demostrando qué fundamentos la sustentaron.

Por otro lado, trataremos del movimiento opuesto a la consolidación de la posición de supremacía legislativa. Con el paso del tiempo, tanto la doctrina jurídica como los propios hechos sociales se encargaron de deshacer muchos de los mitos constituidos alrededor de la ley, los cuales hacían de la decisión legislativa un acto prácticamente incontestable. La presunción de que la ley constituye el instrumento adecuado de representación de los intereses generales, del sistema representativo como forma sana de democracia y desvelo de los intereses generales y, por fin, la posición de la ley como fuente hegemónica e ilimitada de derecho, poco a poco van sufriendo un desgaste, hasta el momento en que finalmente es posible sostener una especie de recolocación de la ley entre las fuentes jurídicas, por lo que ésta pasa a dividir su protagonismo con otras fuentes. Tal hecho, en consecuencia, es de fundamental importancia para sostener –como lo hace el constitucionalismo– la imposibilidad de mantenimiento del concepto de democracia como un proceso ilimitado (soberano) de mera decisión de las mayorías y de la representatividad popular como método democrático único y adecuado para preservar el interés general. Éste es uno de los motivos que llevan a la necesidad de una recolocación de la posición de supremacía de la ley y del legislador frente a las otras fuentes de derecho que pasamos a tratar a continuación.

2.3.1.1 La construcción del mito de la ley como fuente hegemónica del derecho

Según lo tratado cuando analizamos algunas características de la concepción rousseauiana de “voluntad general”, el culto a la ley y su consideración como fuente hegemónica de derecho ocurrida a principios del siglo XVIII –también nombrado *legicentrismo*– no se fundamenta solamente en una confianza en el aspecto formal de la ley, sino también a partir de una preocupación con su racionalidad y con la presencia de valores para el derecho, teniendo en la ley un importante instrumento a servicio de esa racionalidad. Con respecto al derecho, el

pensamiento iluminista revolucionario está guiado por una fuerte desconfianza con relación a la actividad judicial³¹⁶, por lo que se hacía necesario encontrar otro medio de garantía de una racionalidad y de valores sólidos al derecho. No teniendo el juez crédito suficiente para que se le pudiera confiar la tarea de garantía de un derecho racional o justo, se empeñó el pensamiento jurídico iluminista en buscar en el legislador esa racionalidad y en la ley el instrumento de su garantía.

Tal como define Francisco LAPORTA, el concepto liberal de ley consiste en una disposición creada y emitida por un poder soberano situado en el órgano representativo de la comunidad, mediante la cual se dictan normas que regulan el uso de la fuerza, teniendo destinatarios generales, además de regular conductas típicas que afectan la libertad y la propiedad de los ciudadanos, determinar derechos y deberes recíprocos y establecer los encargos y beneficios económicos de la sociedad, sirviendo de parámetro al control jurídico para la actuación de los poderes públicos.³¹⁷

En lo que se refiere a su argumento formal, la ley se presenta como instrumento capaz de contraponerse al carácter variable de las costumbres. La forma escrita y anterior a los hechos hace de la ley un instrumento mucho más adecuado a la solución de los conflictos jurídicos en comparación con la falta de certeza y al casuismo a que se someten las partes en el derecho basado en las costumbres y en el derecho natural. Tal como afirmaba J. BENTHAM, todo derecho no escrito es una ley que gobierna sin existir, una ley conjetural sobre la que los sabios pueden ejercer su genialidad, pero que el simple ciudadano no puede conocer.³¹⁸ La ley que regula los hechos debe ser, entonces, anterior a estos, garantizando al ciudadano la certeza sobre las consecuencias jurídicas de sus actos. Por otro lado, la ley general garantiza también una impersonalidad, un tratamiento igual. La igualdad no se aplica más frente al juez, pero ante la ley, que condiciona la actividad del juzgador, tulliéndole la capacidad de dictar consecuencias jurídicas.

³¹⁶ Basta considerar a forma de investidura dos juizes, que àquele momento nada mais eram que a longa manus do príncipe, possuindo uma discricionariedade quase que absoluta para produzir normas e consequencias jurídicas. Não é preciso dizer que, nesse contexto, variavam os julgamentos não apenas de acordo com o juiz da causa ou o território, mas também de acordo com os interesses e as partes envolvidas.

³¹⁷ LAPORTA, F., "La reinención de la ley", in *La legge e i diritti*. [or. Susanna Pozzolo], Analisi e diritti, n. 55, Torino: Giappichelli, 2002, p. 18.

³¹⁸ BENTHAM, J.. *Tratados de legislación civil y penal*. (1802), [trad. De R. de Salas da edição francesa de E. Dumond, 1821], Madrid: Ed. Nacional, 1981, p. 576.

En este punto se desvela toda la importancia de la subsunción como instrumento indispensable de garantía de las partes en contra la actividad del juez. La igualdad que la ley es capaz de proporcionar es valiosísima en una sociedad eminentemente estamental, donde solamente algunos tienen derechos y otros deberes. A través de la ley el derecho es igual para todos, no dependiendo del juzgador ni del juzgado. A pesar de que hoy la justicia formal sea objeto de pesadas críticas –ocasionadas por un sinfín de razones que examinaremos más adelante–, es innegable su importancia para la construcción de un sistema jurídico con un mínimo de pretensión de justicia. A partir de la concepción de hombre como ser igual, lo mínimo que se puede esperar del derecho en su aspecto formal y procedimental es la garantía de igualdad entre los que se someten a la jurisdicción estatal.³¹⁹

Por otro lado, era también grande la preocupación del pensamiento iluminista revolucionario con la concretización en los ordenamientos jurídicos de valores materiales. Lo que ocurre es que creían que la ley era el mejor instrumento para la concretización de tales valores. Diferentemente de lo que hoy se pueda pensar, la estructura sencilla, abstracta, impersonal, general y pública (escrita y promulgada) de la ley representaba una gran evolución en lo que se refiere a la garantía de derechos fundamentales con respecto al inalcanzable y “variante”³²⁰ derecho natural. Un ejemplo claro de la preocupación por los derechos fundamentales en el período, se puede encontrar en el hecho de que las primeras declaraciones de derechos humanos son obra de la doctrina liberal. Esto desvela la lógica iluminista según la cual, si el derecho natural era tan claro y evidente como afirmaba el iusnaturalismo, ningún problema habría en positivarlo y difundirlo en declaraciones de derechos. Si al juez le era posible acceder a estos valores, con muchas más posibilidades podría también hacerlo el cuerpo legislativo, con la ventaja de que lo haría de forma general e impersonal.³²¹

³¹⁹ Está evidente que más adelante se realiza sobre la importancia de una igualdad también sustancial. Todavía, la igualdad sustancial es un paso adelante que exige como premisa una anterior igualdad formal. Sobre este tema, tratamos en el texto *Igualdad sustancial y titularidad de los derechos sociales prestacionales*, publicado en la Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 30, n. 63, enero-junio. 2006, p. 139-160.

³²⁰ Usamos el término variante en el sentido de representar las variaciones que proporcionaba el derecho natural dependiendo de quien era el juzgado y quien era el juzgador. Aunque la concesión de derecho natural se tenga como inmutable, su aplicación se desvelaba muy cambiante. Es en ese sentido el empleo del término.

³²¹ Conforme esclarece Robert GEORGE, la revelación del derecho natural exige necesariamente una actividad institucional. Así, parece legítima la creencia en que el legislador pudiera ejecutar tal tarea en lugar del juez. En las palabras de

Conforme apunta Luis PRIETO, el Estado liberal parece confiar en la posibilidad de tratar a la naturaleza humana como a la naturaleza física. Si esta última es capaz de producir leyes fijas e inexorables, también el derecho podría aprehender contenidos prácticos, políticos y morales y desvelarlos a través de leyes.³²² La preocupación por el contenido del derecho y la necesidad de consolidación de valores del derecho natural se suma, por lo tanto, a la creencia de que la ley es la forma más adecuada del cuidado de esos valores. El derecho de inspiración liberal-iluminista es, así, un derecho comprometido con la razón y con valores, tanto si desea positivarlos como garantizarlos a través de la vinculación de los poderes públicos a la ley. El carácter general de ésta, extiende los derechos de forma igualitaria a todos, por lo que se reúnen ventajas formales y materiales con respecto al modelo anterior.³²³

Otro punto importante a favor de la ley consiste en el hecho de que establece patrones que no sirven ni siquiera para garantizar derechos del ciudadano, y tampoco es una forma aceptable de controlar y limitar el poder estatal. Son producto de ese modelo liberal las limitaciones al poder del Estado y el destaque de la condición del gobernante de mero mandatario, que solamente está autorizado para actuar en los términos y condiciones que le autoriza el pueblo soberano. Una vez más, el instrumento de limitación de ese poder es la ley, en lo que se va a llamar más adelante de principio de legalidad. Comprender la ley como fuente de legitimidad del poder posibilita una inversión de la relación poder y derecho. Como observa ZAGREBELSKY, no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.³²⁴

GEORGE: "The natural law itself requires that someone (or some group of persons or some institution) exercise authority in political communities and the authority fulfils his (or their or its) moral function by translating certain principles of natural law into positive law and reinforcing and backing up these principles with the threat of punishment for law-breaking. Thus, a morally valid authority, in a sense, derives the positive law from the natural law; or, as I have said, translates natural principles of justice and political morality into rules and principles of positive law." (GEORGE, Robert P., "Natural law and positive law", *The autonomy of law: Essays on legal positivism*, edited by Robert P. Gerge, Oxford: Clarendon Press, 1996.p. 328)

³²² PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 10.

³²³ Conforme apunta G. ZAGREBELSKY: "Pero el Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que se destacaba en primer plano era «la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad». La sociedad y sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos." (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. [trad. de Marina Gascón del original *Il diritto mitte. Legge diritti giustizia*.] Madrid: Trotta, 6ª ed., 2005).

³²⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit. p. 21.

Finalmente –y más importante en lo que se refiere a la representación adecuada del pueblo soberano, que confiere una confianza absoluta en la ley como mejor fuente del derecho– están las características de la generalidad, impersonalidad y abstracción, las cuales garantizarían la justicia de la decisión del legislador. Siendo las decisiones expresas en la ley tomadas por representantes legítimos del pueblo y teniendo ese carácter general, sería improbable que los legisladores actuaran para beneficiar o perjudicar a alguien, pues esto constituiría también en perjudicar a sí propios. Como fue defendido por ROUSSEAU, esa es la gran virtud de la indefectible “voluntad general”: siendo la ley de carácter general y abstracto, no puede favorecer o perjudicar a alguien en exceso, porque los efectos de algún privilegio o discriminación tendrán efectos en todas las demás relaciones. De esa forma, el legislador está comprometido para actuar siempre de forma racional y para buscar la justa medida. Decide para y por los demás, y no para sí mismo. Esa especie de “garantía de justicia” de la ley, como observa Luis PRIETO, confiere una “aureola de santidad” a todo que proviniera de la voluntad del legislador, que actúa “como si” fuera la voluntad popular. Eso, en cierta medida, rompe con la propia independencia de la voluntad popular con respecto al poder legislativo, haciendo la ley sagrada, inviolable y de cumplimiento obligatorio.³²⁵

La ley como actividad general y abstracta representaba una oposición a los actos abusivos y desiguales que provenían de la Administración y de los jueces (sometidos al poder absoluto). El carácter general de la ley impedía el abuso de poder. Conforme ZAGREBELSKY, la generalidad de la ley era garantía de la imparcialidad del Estado con respecto a su cuerpo social, así como de la igualdad en la aplicación del derecho con respecto a todos. En todas las constituciones del período el principio de igualdad ante la ley aparece como modo de garantía contra los privilegios típicos del *ancient regime*. El Estado de derecho solamente podría ser así considerado si sus normas fueran igualmente aplicables a todos y el derecho un bien general.³²⁶ Unida a la generalidad estaba la abstracción, que consistía en instrumento de certeza y seguridad en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de la ley. Aquí, se da gran importancia a la forma de redacción de la ley, que debe contener un enunciado (supuesto fáctico) que describe a la situación fáctica que

³²⁵ PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. cit. p. 14-15.

³²⁶ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. cit. p. 29.

regula, seguida de las consecuencias decurrentes de aquella conducta regulada. No sólo las leyes valen para todos, sino también las consecuencias jurídicas relativas a un mismo hecho serán iguales para todos.

Conviene observar que el culto a la ley, en la época, estaba inserto en un contexto social de casi unanimidad alrededor del Estado liberal como mejor forma de desarrollo social y como movimiento libertador de la sociedad tras el colapso de un régimen absolutista de gestión estatal. La limitación al poder estatal y la garantía de la libertad y propiedad de los ciudadanos guiaban toda la ética del período, haciendo que las leyes tuvieran una coherencia natural, siendo siempre conformes a tales valores. Además, los representantes de la clase política responsables por la producción de ley eran los mismos representantes de una clase dominante: la clase burguesa, que en el momento no encontraba una contraposición de ideas por parte de grupos opuestos, como viene a ocurrir más tarde con las reivindicaciones obreras. Ese escenario permite a la ley, aunque se haya producido de forma abstracta, mantener una coherencia sistémica.

Teniendo la ley un consenso sobre su racionalidad, siendo su órgano productor dotado de legitimidad que le permitía incluso limitar el poder estatal y poseyendo estructura sencilla y clara, no podría ser otro el modo de su interpretación que la pura identificación de la ley aplicable por el juez y la sumisión del caso concreto al enunciado legislativo: método conocido como subsunción. No se puede olvidar que la ley no buscaba proteger al ciudadano de la Administración, sino también de la incertidumbre e inconstancia de la actividad judicial, que en el período pre-liberal, no era raro que estuviera contaminado por las arbitrariedades propias del régimen absolutista. Si la ley era considerada completa y racional, no había razón para que los jueces se ocupasen de la creación del derecho, dado que no cuentan con la legitimidad del legislador y los fallos individuales fragilizan nuevas e importantes conquistas de la sociedad liberal, tales como la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.

Así, el legicentrismo puede ser resumido como la absoluta confianza en la razón del legislador para realizar lo que determina la ley natural. La ley se presenta como el instrumento más importante de la lógica jurídica liberal y, por tanto, como instrumento de garantía del ciudadano contra el poder estatal. La ley hace el puente que elimina en cierta forma la oposición entre el ciudadano y Estado, ya que el

primero solamente podrá actuar en los términos en que esté autorizado por la ley, mientras el ciudadano podrá hacer todo que no le sea prohibido por la ley. Esta lógica determina una absoluta ausencia de límites a la ley, que no encuentra ningún otro parámetro de control, al mismo tiempo en que está libre para limitar cualquier derecho y disponer sobre cualquier materia. A partir del legicentrismo se consolida un sentimiento de obligatoriedad con relación a la ley, lo que permite que, poco a poco, la razón y la confianza en la justicia de la ley sean sustituidas por la idea de simple voluntad del legislador. Como observa Luis PRIETO, ya no se apela tanto a la racionalidad de su origen como a la autoridad del legislador. La ley es simplemente la voluntad del legislador³²⁷, que no encuentra cualquier límite y por eso es fuente hegemónica del derecho. El ápice del legicentrismo y de la lógica liberal es alcanzado a partir de la creación de los Códigos, instrumentos capaces de reunir de forma organizada y sistemática todas las leyes referentes a determinadas materias, de forma que se suma a la generalidad, a la racionalidad, a la impersonalidad y, entre otras características, a la coherencia sistémica permitida por los códigos, los cuales organizaban la producción legislativa a partir de criterios generales y especiales, haciendo de la producción legal un acto ordenado y coherente.³²⁸

La reunión de todos esos atributos, sumada a las aspiraciones liberales que encontraban en la ley un instrumento adecuado para la limitación del poder, llevan la ley a la condición de expresión jurídica de la voluntad soberana, en la cual sus características de generalidad y abstracción posibilitan la creencia de que actuará inexorablemente como garantizadora de la igualdad, certeza y previsibilidad. Tal y como observa Gloria MESSA, estas premisas permiten sostener: a) una concepción

³²⁷ Conforme el autor citado: "En suma, si ahora se podía escribir que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura» era justamente porque tras la ley no se vislumbraba más que una voluntad desnuda, en ningún caso el fruto racional de un legislador también racional. De este modo, la razón se aleja de las explicaciones del Derecho positivo, que se identificará por referencia a una fuente de producción normativa suprema cuyas decisiones son un dato indiscutible para el jurista; fuente de producción que, por otra parte, tampoco aparece limitada por una Constitución o norma superior dotada de un contenido material o sustantivo capaz de condicionar de forma seria y efectiva la libertad política del legislador." PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. cit. p. 17-18.

³²⁸ Sobre la importancia de la codificación escribe ZAGREBELSKY: "No podríamos comprender esta concepción en su significado pleno si pesáramos «en la ley» como «en la leyes» que conocemos hoy, numerosas, cambiantes, fragmentarias, contradictorias, ocasionales. La ley por excelencia era entonces el código, cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley. Resumámoslas: la voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente en todo el territorio del Estado y que se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basado en la razón (en la razón de la burguesía liberal, asumida como punto de partida); en el carácter deductivo del desarrollo de las normas, *ex principiis derivationes*; la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud." (ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, cit., p. 32).

rígida de separación de poderes que se resiente de mecanismos de equilibrio o control recíproco entre los poderes, donde los demás poderes se encuentran subordinados al poder legislativo, concebidos como meros ejecutores o aplicadores de la voluntad de aquél; b) la identificación del principio de legalidad con la hegemonía de la ley como fuente del derecho y su carácter vinculante de los poderes públicos y como única garantía de los derechos de los ciudadanos; c) la dependencia de los derechos con relación a la ley, en el sentido de que estos sólo existen si reconocidos por la ley; d) un control judicial que solamente engloba los actos de los jueces (Tribunal de Casación) y de la Administración (jurisdicción contenciosa-administrativa), siendo esta última tenida como gran avance una vez considerada la ilimitación del poder ejecutivo en el período del absolutismo monárquico.³²⁹

Es dentro de ese contexto histórico y político que la ley asume una posición de hegemonía con relación a las demás fuentes de derecho, punto central de todas las teorías jurídicas del período liberal en los ordenamientos regidos por el *civil law*. En consecuencia, se destaca la subsunción como método interpretativo, el principio de legalidad y la casi supresión de todas las demás fuentes del derecho que no la ley. Por otro lado, ante tal creencia en el valor de la ley, incluso como criterio de “justicia”, era prácticamente inexistente el control de constitucionalidad y los derechos solamente existían si estaban previstos en la ley. Este escenario, sin embargo, acaba por sufrir a lo largo del tiempo una serie de cambios, deformaciones y análisis críticas que poco a poco van deshaciendo el mito de la ley como perfecto instrumento de regulación social. Es de este proceso de cuestionamiento sobre las “virtudes incontestables de la ley” que pasamos a tratar a continuación.

2.3.1.2 El proceso de crisis de la ley

Ese clima de euforia con relación a las cualidades de la ley, tal como suele ocurrir con todos los procesos de concentración de poder, va gradualmente desvaneciéndose a partir de la consideración de que la impresión de perfección con

³²⁹ MESSA, Gloria. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados.*, op. cit., p. 26.

relación al acto legislativo no era tan verdadera. Tal y como observa FERNÁNDEZ SUÁREZ, esa unión entre razón y voluntad, el casamiento perfecto entre los planes jurídico y político, entre la política y el derecho, poco a poco, erosiona, de modo que la ley no se verá nunca más como expresión de una razón neutra y natural, sino como lo que realmente representa, la expresión de una voluntad política.³³⁰

No obstante el hecho de que consideramos en cierta forma equivocado el modo de transposición de la concentración de poder del ejecutivo al legislativo realizada por el modelo francés post-revolucionario, no consideramos que haya con relación a este modelo un vicio de objetivo, sino tan solo una excesiva confianza en la capacidad del legislador para representar correctamente a los intereses sociales y en la integridad de la ley para desvelar la “voluntad general”. En la tarea de limitar el poder estatal, para la que se propuso la ideología legicentrista –lo que, en la época, era el mayor desafío que se presentaba al derecho–, es posible decir que fue extremadamente competente, tanto que el modelo que propone se mantiene hasta hoy en muchos ordenamientos, aunque mitigado. Conforme procuraremos exponer en los tópicos que siguen, las críticas que merecen ser dirigidas al modelo legalista son provenientes de varios factores, algunos son internos, referentes a la pérdida de características consideradas fundamentales para sostener la ley como instrumento de racionalidad jurídica y mediador de intereses sociales; y otros externos, tales como la modificación de relaciones de poder social, la alteración de la configuración social con respecto a la sociedad liberal y, principalmente, algunos nuevos desafíos que se presentan al derecho. Así, muchos de los factores que llevan a la pérdida de la hegemonía de la ley como fuente de derecho son originadas, primero, del abandono gradual de algunas de sus características fundamentales, lo cual viene acompañado de la alteración de algunas circunstancias sociales propias de un cambio de modelo de Estado, como fue la transición del Estado liberal al Estado social.³³¹

³³⁰ En las propias palabras de FERNÁNDEZ SUÁREZ: “El siglo XIX va a suponer frente a la visión filosófico jurídica precedente, de exaltación de la razón jurídica y del valor de la ley como expresión de la voluntad general, una continua y constante puesta en cuestión de los ideales reinantes durante el periodo revolucionario y momentos subsiguientes. Esa unión entre la razón y la voluntad en el plano jurídico y político, entre la ciencia natural, la política y el derecho, poco a poco se irá erosionando. La ley se verá ya no tanto como expresión de una razón neutra y natural, sino como expresión de la voluntad política.” (FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino. “La crisis de la ley: control judicial de la legalidad”, *El positivismo jurídico a examen, estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, 2006., p. 557-558)

³³¹ En una otra clasificación de los factores que influyen el proceso de crisis de la ley como fuente hegemónica de derechos tenemos la propuesta de F. LAPORTA, que considera que el proceso de crisis de la ley puede ser dividido en

Cuando analizamos el proceso de crisis de la ley, tal vez sería más adecuado tratarlo como readecuación de la ley entre las fuentes de derecho o, quizá, de actualización de la ley en relación con el derecho actual. A partir de las características presentadas en el punto anterior, pasaremos a un análisis sobre lo que consideramos pérdidas irreparables de algunas de las principales características de la ley, las cuales sostenían su posición de hegemonía como fuente del derecho. En seguida, nos ocuparemos de los factores externos, los cuales reducen considerablemente el campo de regulación de la ley y, en consecuencia, implica la consideración del surgimiento de nuevas e importantes fuentes de derecho y de regulación de las relaciones sociales.

2.3.1.2.1 Factores intrínsecos

a. Generalidad y abstracción

De las alteraciones que se constata entre la concepción original de ley propuesta por el modelo liberal-iluminista, es la pérdida de la generalidad y de la abstracción el factor que más contribuye a un proceso de descrédito de la ley como acto neutro y racional. Tanto la generalidad como la abstracción -ambas consideradas fundamentales en la concepción originaria de ley-, hacían de ésta una opción diferenciada de norma en oposición a las normas individuales y arbitrarias propias del derecho absolutista. A partir de su capacidad de regulación genérica y abstracta, era posible una concepción de ley como norma duradera y desinteresada, con capacidad de reglar todas las situaciones semejantes de idéntico modo, garantizando justicia y racionalidad en sus decisiones. De esa forma, se garantizaba la igualdad de trato a todos los sujetos a ella sometidos, algo fundamental para la

dos grupos. El primero, llamado de versión débil, podría ser identificado con razones heterogéneas y tangenciales, que no se relacionan directamente con la concepción liberal de ley. El segundo, considerado fuerte, tiene relación directa con las características y fundamentos que proporcionaron a la ley alcanzar una posición de supremacía con respecto al derecho, que prácticamente era reducido a ella. De entre los factores tangenciales podemos relacionar la pérdida con un compromiso de racionalidad, la hipertrofia legislativa, la inestabilidad y temporalidad de las leyes, la pérdida de fuerza de las leyes (hipostenia), el neo constitucionalismo y la crisis de regulación del Estado con el renacimiento de las fuerzas sociales. Ya entre las causas esenciales es posible arrollar la asunción de la función legislativa y reguladora por el Poder Ejecutivo ("ejecutivización de la ley"), la supra nacionalización y regionalización de la función legislativa, la desautorización de la voluntad legislativa por el control judicial, la individualización del contenido de la ley que determinó la pérdida de su generalidad y la creación de un "mercado de leyes", que acaba con la creencia de una actividad abstracta y no interesada del legislador (LAPORTA, F., "La reinención de la ley", cit., p. 18).

igualdad formal buscada por el régimen liberal. En cuanto producto de racionalidad, la generalidad y la abstracción de la ley impedían que esa viniera a beneficiar o perjudicar a alguien. Así, siendo producida por los representantes del pueblo y teniendo su alcance general, una limitación de libertad o eventual injusticia constante de la ley atingiría, también, al pueblo que la produjo, de modo que esa aplicación general servía como garantía de justicia de la ley. Luego, en cuanto acto general y abstracto, la ley poseía una cierta garantía de racionalidad y, por tanto, era expresión clara de la voluntad general.

No obstante, tal como temía ROUSSEAU cuando oponía serias restricciones al modelo de representación, destacando la sujeción de este modelo a vicios entre la voluntad del pueblo soberano y la expresión de los representantes, ni siempre el acto legislativo mantenía la generalidad y la abstracción que le debería ser característico. Un proceso de reducción de la generalidad y abstracción de la ley tiene inicio en el momento en el que las fuerzas sociales organizadas comprenden que pueden ejercer presión sobre los cuerpos legislativos, imponiendo la producción de leyes sectoriales bajo el argumento de que una regulación más específica y adecuada es necesaria en un modelo de Estado más complejo. Cuando el legislador comienza a atender de forma individualizada a las demandas corporativas surge lo que ZAGREBELSKY denomina “mercado de las leyes”, donde los grupos sociales organizados demandan tratamiento diferenciado, con el objeto de garantizarles ciertas prerrogativas, y no era raro, bajo ese argumento, mantener privilegios.³³²

La tarea legislativa, en ese contexto, deja de estar guiada por la racionalidad y la neutralidad, las cuales se tenían como consecuencia de una regulación genérica. El proceso de producción legislativa pasa a ser caracterizado por una sucesión de acuerdos políticos, por regulaciones sectoriales y específicas, así como pasa a estar más sujeta a presiones corporativas, situación que caracteriza la formación del “mercado de las leyes”. En lugar de racional, el proceso de decisión

³³² Conforme ZAGREBELSKY: “Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características «clásicas» de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el «mercado de las leyes». Dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado «Estado social» (para cada situación una disciplina adecuada para sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador. De ahí la explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad.” (ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil.*, cit., p. 37).

política asume la condición de meramente ocasional.³³³ La ley ya no alcanza más a todos, sino a un grupo, siendo que los grupos organizados pasan a ejercer cada vez más presión sobre el proceso de formación de la voluntad política. A ese proceso contribuyen dos factores: la evolución del sistema partidario y la llegada del Estado social.

Sobre el primero, es posible decir que la evolución a un sistema partidario más organizado provoca la adopción de un modelo político donde los representantes populares ya no tienen más compromiso con toda la nación, sino solamente con los intereses del electorado que vota de acuerdo con los ideales del partido al cual pertenece. La lógica de negociación política pasa a ser, entonces, una lógica de cambio político a fin de conjugar los intereses de las clases representadas.³³⁴ Sobre la contribución del Estado social, es posible afirmar que, a partir de su llegada, la actividad legislativa no se restringe a una limitación del poder estatal, sino que pasa a ocuparse también de la función de distribución de bienes económicos, lo que aumenta de forma considerable la pérdida de generalidad de la ley y provoca la alteración de las condiciones del proceso de formación de la voluntad política. Los recursos puestos a la disposición por el Estado a través de su actividad interventora y de protección social también pasan a ser objeto de disputas sectoriales. Como consecuencia, la fragmentación y sectorialización de la ley acaba por sustituir el proceso general de decisión por una lucha por la destinación personalizada de los recursos públicos, alcanzando también el presupuesto, que pasa a constituir pieza fundamental en el “mercado de las leyes” y en la cooptación de apoyo político.

Por otro lado, la pérdida de la generalidad de la ley cuando asociada a una nueva postura estatal interventora -característica propia del modelo de Estado social-, ocasiona un injustificado desequilibrio de las relaciones jurídicas. En ese contexto, el acto legislativo acaba actuando de forma contraria a su función jurídica

³³³ Como ejemplo presente de tal situación basta considerar las presiones de corporaciones internas al servicio público, las que obtuvieron derechos absolutamente injustificados, tales como 14º, 15º y a veces 16º salarios, vacaciones larguísimas y sin justificativa (o bajo las justificativas más absurdas), gratificaciones injustificadas, etc., obviamente siempre restringidas a categorías de fuerte condición de presión política, pues tales ventajas eran imposibles de ser extendidas a la totalidad de los servidores, consistiendo en la vuelta de los privilegios que el régimen liberal procuraba abolir. Todo es negociable en el “mercado de las leyes”.

³³⁴ Tal como apunta G. MOSCHELLA: “Il partito politico, così, si è andato configurando come soggetto erogatore di prestazioni sociali riconducibili alla sfera di intervento proprio dello Stato sociale, mentre lo stesso rapporto di rappresentanza politica definito dal rapporto elettorale si è trasformato sempre più in un rapporto di scambio (voto di scambio) tra elettori e partito” (MOSCHELLA, Giovanni. *Rappresentanza politica e costituzionalismo*. Rimini: Maggioli, 1999, p. 183).

de pacificación y regulación adecuada de las relaciones sociales. Tal fenómeno ocurre cuando consideramos el fuerte carácter interventor del Estado social, que pasa a ocuparse de puntos antes dejados a la libre regulación privada. La pérdida de generalidad de la ley posibilita la utilización de esta como instrumento de protección de intereses individuales (o garantía de privilegios), o mismo de opresión social a determinados grupos. Cada vez más grupos de presión trabajan en la regulación específica de sectores determinados, con el objeto de garantizar reservas de mercado, mantener instituciones que no presentan considerable valor social, o incluso impidiendo el desarrollo de nuevos frentes de acción social. La ley, en estos casos, ya no se presenta como un instrumento de equilibrio de las relaciones sociales, sino al contrario, de desequilibrio.³³⁵

Este nuevo escenario acaba por generar una cultura de hiper-legislación, donde todos los sectores representativos exigen leyes específicas, con una demanda casi infinita de leyes. Hay leyes para todo y para todos, lo que impide que la sociedad regule sus relaciones a través de un respeto a leyes más generales y abstractas. De la misma forma, disminuyen considerablemente los espacios para la resolución de los conflictos sociales por la autorregulación. El ámbito regulativo se vuelve cada vez más complejo e inestable y el ámbito de libertad está cada vez más reducido en nombre de un control legal más exhaustivo. La regulación específica se presenta como una especie de *status* de importancia entre los grupos sociales que no dividen los bienes estatales de forma racional, sino que compiten por ellos de forma predatoria.³³⁶

³³⁵ Como explica ZAGREBELSKY: "A la pulverización de la ley se añade la heterogeneidad de sus contenidos. El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes. La ley – en este punto de su historia – ya no es la expresión "pacífica" de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, "constitucionales", del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares." (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 37-38).

³³⁶ Según entendemos, en cierta forma es también correcto justificar alguna pérdida de generalidad como una consecuencia del Estado social, el que exige cada vez más acciones concretas y una concepción de ley que no sea exclusivamente mero instrumento de igualdad formal. El Estado social gestor y administrador asume también la tarea de regir las múltiples exigencias y demandas presentes en una sociedad multicultural, desigual y altamente dinámica y, por eso, compleja. Así que en cierta medida es normal esa pérdida de generalidad. Todavía, en el caso de Brasil, parece que ocurre justamente lo contrario. Cuando tratamos de políticas públicas de acceso, como la enseñanza pública gratuita, salud pública, o sea, políticas de promoción social, impera la igualdad formal (véase el tabú de la gratuidad de la universidad pública – jamás determinada constitucionalmente). Por otro lado, en asuntos donde debe imperar la

Así, en nuestra opinión, la pérdida de generalidad y abstracción constituye el más duro golpe sufrido por la ley, porque éstas eran características esenciales del acto legislativo, actuando prácticamente como fundamento mayor de la justificación de la ley como fuente hegemónica del derecho en el período definido como *legicentrismo*. Es a partir de esas características que se hacía posible atribuir a la ley la capacidad de expresar racionalidad y desvelar la “voluntad general”. Su ausencia, por tanto, permite que se pongan dudas sobre gran parte de las virtudes atribuidas al acto legislativo. Además, la pérdida de generalidad y abstracción, diversamente de los demás cambios de los que trataremos a seguir, constituye una deformación evitable, o sea, no es una contingencia generada por factores externos, pero una inaceptable deformación de la racionalidad en la formación de la ley, con su substitución por la mera función ocasional en la tomada de decisiones por parte de los órganos legislativos.

2.3.1.2.2 Factores extrínsecos

A pesar de las alteraciones sufridas por la ley con el relativo abandono de algunas de sus características fundamentales, otros factores acabaron por influir de forma decisiva o accesoria en el progresivo proceso de pérdida de hegemonía de la ley como fuente de derecho. Estos factores, dígase, no están relacionados directamente con el modo de producción legislativa, sino que frecuentemente vienen asociados a la alteración de la orden social o a cambios de orientación política o jurídica. Como ejemplos, tenemos la adopción del modelo de Estado social o el crecimiento de la importancia del constitucionalismo. Pasamos así a exponer los factores que entendemos más importantes en ese proceso de destrucción de la hegemonía de la ley como fuente de derecho.

igualdad, en el caso del tratamiento de los servidores públicos y de los poderes públicos, la pérdida de la generalidad (que no es natural, pero patológica) lleva a tratamientos injustificados y en nada conformes al interés público, sino a los intereses de corporaciones.

a. Hipo-regulación

Al mismo tiempo que se observa un aumento cuantitativo y de alcance de la regulación legislativa en campos antes privados, es perceptible, cada vez más, la reducción de la importancia de los asuntos de que se ocupa. Este proceso, que podría ser considerado una mera consecuencia de la segmentación y pérdida de generalidad y abstracción de la ley, es aquí incluido como factor extrínseco, porque sufre una definitiva influencia de elementos externos a la actividad legislativa. Sobre esto, es posible afirmar que el papel del legislador viene progresivamente sufriendo una pérdida de importancia por la atribución de competencias a otras fuentes reguladoras. Esa cesión de competencias tiene como motivación o una decisión política, determinada por la reivindicación de algunas categorías en el sentido de que se autorregulen, o pueden también ser de orden técnica, cuando se hallan motivadas por la complejidad de su objeto, lo que demanda una cesión de competencia a órganos técnicos generalmente situados en el Poder Ejecutivo.³³⁷

Con relación a la asunción de poder regulatório por entes específicos, es posible considerar ese proceso como una derivación del fenómeno de la *sectorialización*. En este caso, los grupos corporativos ya no se contentan sólo con la regulación por leyes específicas, sino que demandan también la posibilidad de auto regulación. Interesados en ese proceso de sectorialización de los actos legislativos y en las ventajas corporativas e individuales que proporciona el “mercado de las leyes”, aumenta considerablemente el interés de participación en la actividad regulativa. Los grupos corporativos, que antes postulaban regulaciones propias, tratan de buscar también autonomía, en el sentido de auto gestionarse y auto-regularse. Así, órdenes profesionales, sindicatos, sectores públicos, etc., adquieren una autonomía regulatória que diversifica las fuentes del derecho antes concentradas en el legislador. En este campo, se destacan grupos como los profesionales, con competencia para recaudar sus propios fondos, autofinanciándose con una mezcla de tributos y contribución y con personalidad jurídica que oscila entre el derecho público y privado. De la misma forma, es común

³³⁷ Conforme A. BARBERA, “[...] da un lato, è venuta progressivamente attenuandosi la stessa capacità rappresentativa del Parlamento e delle altre assemblee elettive, dall’altro, è cresciuta la tendenza degli interessi a trovarsi rapporti diretti con il governo e le tecnostrutture lasciando spesso alle assemblee rappresentative la mediazione sui microinteressi.” (BARBERA, Augusto. *Una riforma per la Repubblica*, Roma, 1991, p. 88).

a órganos del propio poder público postular autonomía financiera y regulatoria (iniciativa de ley).

Por otro lado, en el ámbito del derecho público interno, ocurre un fenómeno llamado “desmembramiento de la ley” consistente en la división cada vez mayor de competencias sobre materias idénticas. En muchos casos materias prácticamente iguales son legisladas por diversos entes federados, porque todos los cuerpos legislativos poseen interés en sufrir presión de los grupos organizados, debido a la necesidad de utilización de la ley y de la sobre legislación para proteger y garantizar intereses privados o sectoriales. En el ámbito de los poderes del Estado, también se observan idénticas funciones y actividades siendo reguladas de forma diversa, generando injustificado tratamiento diferenciado entre los poderes y una cada vez mayor competencia por los recursos disponibles, sumado a una distribución a veces desproporcional de los mismos. Los criterios, una vez más, dependen de fuerza política y continúan siendo ocasionales.

Es importante notar que en ese contexto de dispersión de fuentes de regulación de fuerte influencia de grupos de presión y de ausencia de un compromiso con una solución racional genéricamente aplicable en la elaboración de las leyes, el nuevo modo de producción legislativa rompe con la idea de ordenamiento jurídico como sistema coherente y capaz de producir principios y lógica propios. Se parece mucho más a un enmarañado de leyes, a veces contradictorias y proteccionistas, que a un sistema de ordenación. La organización que se buscaba a partir del proceso de codificación es cada vez más abandonada en favor de situaciones sectoriales. Ese proceso de pérdida de una lógica en el modo de producción de la ley y su orientación por criterios dispersos, sectoriales y ocasionales, será uno de los fundamentos del desencadenamiento de un proceso de tentativa de recuperación de la coherencia del ordenamiento jurídico, de forma que ese pueda ser capaz de producir algunos principios que orienten a la aplicación de sus reglas, sirviendo así a la función ordenadora del derecho. A partir de esa idea se buscará en el redescubrimiento del concepto de constitución el instrumento de unificación del derecho, una vez que la ley ha dejado de cumplir este papel.

b. Ejecutivización de la ley

A partir del advenimiento del Estado social, es posible percibir un considerable aumento de la actividad regulatoria, con la ocupación por parte del Estado de

campos sociales antes dejados a la regulación privada. Si antes el Estado liberal se limitaba a “dictar las reglas del juego”, a partir del Estado social se ve obligado a “participar del juego”, dirigiendo complejas actividades. Delante de ese nuevo modo de actuación estatal, se crea la necesidad de un nuevo perfil de actividad reguladora, donde la ley ya no se ocupa solamente de la limitación de la actividad estatal y de la definición de derechos, sino que asume también la previsión y organización de toda esta gama de servicios que serán ejecutados por el Estado social.³³⁸

En ese proceso, es interesante notar que aunque la actividad reguladora por parte del poder público haya sido considerablemente incrementada, esto no implicó un aumento de la importancia de la ley. Por el contrario, a partir del modelo de Estado social es posible percibir que la ley pasa a ocuparse de asuntos cada vez más accesorios y secundarios. Ante las nuevas tareas asumidas por el Estado social y de la consecuente adecuación que se exige de la actividad reguladora, el perfil de las leyes –que antes tenían como objeto apenas la limitación del Estado con base en el principio de la legalidad–, debe también ser objeto de adaptaciones. Nunca será posible una previsión detallada sobre la forma en la que debe proceder la Administración pública sin que sean ofrecidas alternativas al administrador. La complejidad de la función estatal positiva exige normas más abiertas, que posibiliten un margen considerable de elecciones y actuación a la actividad administrativa. Eso permite que las decisiones más importantes acaben por ser tomadas no por la ley, sino por la Administración, a través de actos singulares y concretos, que poco hacen recordar al carácter general y abstracto de la concepción liberal de ley. Ese fenómeno –que preferimos denominar proceso de “ejecutivización” de la ley–, aporta dos importantes consecuencias, ambas en el sentido de pérdida de relevancia de la actividad administrativa.

³³⁸ En ese sentido observa FERNÁNDEZ SUAREZ: “El nuevo modelo será el Estado social de derecho o Estado del bienestar, y en este cambio es donde quiere ver gran parte de la doctrina jurídica un momento de inflexión y de transformación que afectará a la propia forma de ser del derecho. La exigencia del intervencionismo del Estado en beneficio de la mejora de las condiciones de vida del mayor número de ciudadanos generará no sólo un aumento de la burocracia sino también un cambio en el papel que el derecho debe desempeñar en la sociedad. El derecho será visto no sólo como un instrumento para señalar los límites del ejercicio de la libertad de cada uno y un freno frente a los posibles excesos del poder, sino también como el mecanismo que servirá para el progreso y la promoción de la vida social, económica y cultural de todos los ciudadanos. Los distintos derechos que se proclaman formalmente en los textos constitucionales demandan, para hacerlos vales en la práctica, no sólo la vigilancia del Estado sino la actuación e intervención positiva poniendo los medios necesarios que hagan posible su realización.” (FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino. “La crisis de la ley: control judicial de la legalidad”, *El positivismo jurídico a examen, estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, 2006., p. 560)

La primera de ellas consiste en el hecho de que la mayoría de las decisiones importantes acaba siendo delegada a una administración técnica y especializada, pues la complejidad que envuelve materias de que se ocupa el Estado social, tales como economía, tecnología, telecomunicaciones, desarrollo urbano, previdencia, etc., –todas funciones que el Estado liberal no tenía como función gestionar o intervenir –, en general no están al alcance del modo de discusión político que guía la actividad legislativa. Así, la ley se limita a reconocer competencias y a crear órganos administrativos que se ocupan de tales materias, de forma que no siempre será transparente ni orientada por opciones políticas. Hay, por detrás de la necesidad técnica, un desplazamiento de la ley por el acto administrativo.

La segunda consiste en el hecho de que la “ejecutivización” de la actividad legislativa acaba sustituyendo a la ley democrática, general y abstracta por los decretos y reglamentos. Estos actos administrativos vienen a regular situaciones donde están presentes intereses predominantemente privados y, principalmente, donde la regulación ocurre en un momento muy posterior, teniendo como base situaciones fácticas prácticamente ya consolidadas en favor de grupos económicos. En un nivel más amplio, un ejemplo de tal fenómeno es la proliferación de reglamentos de producción eminentemente ejecutiva, cuyo control se hace prácticamente imposible a los cuerpos legislativos, pues en cuanto a su apreciación por el Poder legislativo, la situación fáctica ya está desde hace mucho consolidada.³³⁹

Además de ese proceso de complejidad técnica y ampliación de campos de intervención estatal a situaciones cada vez más concretas que impiden una actuación legislativa más amplia –que preferimos determinar “ejecutivización”–, si consideramos la natural imposición de límites constitucionales a la actividad legislativa, surgiría lo que Luis PRIETO denomina “emparedamiento” de la ley.³⁴⁰ Esta se ve limitada desde arriba por la constitución y desde abajo por su sustitución por decretos y reglamentos. En esos campos, se limita la ley a especificar

³³⁹ Con relación a este asunto, queremos dejar bien claro, no tratamos al tema con un fondo positivo o negativo, sino tan solamente destacando que efectivamente hay un desalojamiento del ámbito de decisión sobre temas importantes del Poder legislativo, cuyas decisiones se caracterizan (en teoría) por el debate entre los diferentes partidos para el Poder ejecutivo, también legitimado por la investidura electoral, pero cuya composición política se caracteriza por la concepción monopartidaria, donde el debate entre los diferentes componentes políticos no ocurre como en el órgano legislativo. En este caso, lo que queremos destacar es el desalojamiento del eje de decisión y la diferente forma de tomada de decisión.

³⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos.*, cit., p. 26.

superficialmente la orientación constitucional, para enseguida conferir amplia competencia a la Administración.³⁴¹

c. *Supra-nacionalización*

Otro factor que contribuye de forma considerable a la reducción de la capacidad de decisión del legislador es el que proviene de la relativización de la soberanía de los Estados nacionales en favor de una internacionalización del ámbito decisorio de algunas materias: la supra nacionalización. Aunque mucho más evidente a nivel europeo, este fenómeno político presenta también repercusión en los ordenamientos extracomunitarios, porque la experiencia europea, hasta ahora desarrollada con éxito, ha influido no sólo en el desarrollo creciente de la jurisdicción de cortes internacionales, como al acatamiento de decisiones tomadas por instituciones de nivel supranacional en las más diversas áreas. Por otro lado, en el ámbito internacional, la creación de derechos y obligaciones asumidas por el poder público se parecen mucho a lo que ocurre con los reglamentos ejecutivos, pues las tratativas son restrictivas del Poder Ejecutivo y, cuando se sumeten a la aprobación del cuerpo legislativo, ya son prácticamente hechos consumados. En el modelo europeo la situación de superposición de ordenamientos es un problema real, donde los ordenamientos nacionales cada vez más se someten a directivas y compromisos acordados por los órganos ejecutivos (incluso con el principio de la prevalencia de las decisiones comunitarias), todo bajo la contemplación de un inoperante y poco considerado parlamento europeo.³⁴²

³⁴¹ Conforme PRIETO: "Las consecuencias de todo ello no sólo son apreciables en el tipo de relación que se establece entre ley y Administración, sino también en la forma de producción y en la fisonomía de las propias leyes. En primer lugar, efectivamente, los reglamentos no sólo representan las normas más abundantes, «sino también las que mayor incidencia práctica tienen sobre la vida de los ciudadanos», pues las novas funciones del Estado relacionadas con la gestión de los grandes servicios públicos o con la satisfacción de derechos sociales ya no son tareas del Estado legislativo simplemente ejecutadas por la Administración, sino tareas que suponen una amplia discrecionalidad en favor de ésta: «el principio de legalidad, es decir, la predeterminación legislativa de la actuación administrativa, está fatalmente destinada a retroceder». Pero, en segundo lugar, ocurre también que la ley ha dejado de ser como era: ya no tanto fruto de del debate público y transparente efectuado por la representación política, sino obra de las oficinas técnicas de la Administración; ya no tanto norma clara, general y abstracta, sino simple guía, con frecuencia vaga y genérica a la espera de su ulterior desarrollo. Y, por lo demás, cuando es la propia ley la que pretende desarrollar de forma pormenorizada alguna de las dimensiones del Estado social, entonces termina adoptando una fisonomía reglamentista y prolíja, repleta de particularidades y excepciones; con lo que, en este último caso, el reglamento no desplaza a la ley, sino que ejerce sobre ella un efecto mimético." (PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos.*, cit., p. 27).

³⁴² Es también en ese sentido la observación de FERNÁNDEZ SUÁREZ: "De especial significación en nuestro Estado es el fenómeno de la integración en la Unión Europea, que de hecho implica la cesión de soberanía legislativa nacional (por más que se quiera presentar como cesión de competencias) en favor de la, cada vez más extensa, legislación comunitaria. Legislación que, por lo demás, en el caso de los reglamentos (Consejo de Europa) y las directivas

d. Fuentes sociales

No bastarán todos los factores arriba mencionados para contribuir a una reducción de la importancia de la ley como fuente de derecho; su proceso de crisis acaba sufriendo también las consecuencias de la reorganización de las fuentes sociales, la cual está relacionada con la crisis de regulación que sufre el propio poder estatal. La renovación de las fuentes sociales puede ser considerada como una de las características de la sociedad de información, algo muy característico de la sociedad pos-moderna, y que en cierta forma puede ser entendido como una reacción social a la sobre-regulación decurrente del Estado social y de la reducción del contenido democrático y racional de la ley. En una sociedad que se caracteriza cada vez más por la velocidad de la información, se desarrollan a la misma velocidad áreas de auto-regulación, donde la organización de las personas en grupos de interés dispone de una estructura casi que global, con reglas propias y que dispensa e imposibilita la actuación estatal. En campos como la economía, por ejemplo, el proceso de globalización impide que los Estados adopten políticas propias, pues en algunos casos se les falta incluso la fuerza necesaria para imponerse sobre la regulación privada. En otros casos, está sometido a políticas determinadas por la propia economía mundial.

Tal crisis de regulación está también relacionada con la crisis de soberanía de los Estados nacionales, lo que explica en cierto modo el aumento del interés por parte del Estado por el establecimiento de relaciones internacionales con la constitución de instituciones internacionales para deliberar sobre algunos temas, lo que reduce cada vez más el papel del legislador interno. En la observación de MOSCHELLA, tal hecho representa la propia crisis de territorialidad del derecho, donde cada vez más se ve reducida la autoridad constitucional, donde se buscan poderes cada vez menos legítimos en el intuito de controlar los complejos procesos de transformación institucional que se presentan al derecho.³⁴³ Sin embargo, tal

(Comisión Europea), no procede de órganos representativos y en cambio se impone, sin necesidad de referendo legislativo interno, sobre la legislación nacional. Ya sea por la vía del acuerdo o el referendo expreso (en el supuesto de los tratados internacionales) o por la vía de hechos consumados, cada vez dependemos más de una legislación generada fuera del ámbito nacional de los Estados y que posee rango superior o igual al de las propias leyes estatales." (FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino. "La crisis de la ley: control judicial de la legalidad", El positivismo jurídico a examen, estudios en homenaje a José Delgado Pinto, Salamanca, 2006., p. 564).

³⁴³ En las palabras del autor italiano MOSCHELLA, "la crisi della territorialità del diritto" scaturito dal processo di "globalizzazione economica" e di integrazione politiche riduce l'autorità degli ordenamenti costituzionali dei singoli stati, i "quali cedendo progressivamente poteri sovrani appaiono sempre meno legittimati a controllare i complessi processi di

hecho es uno de los factores que rompen con la concepción tradicional de legitimidad democrática, cuya revisión del concepto nos parece indispensable ante la nueva forma de organización social que se presenta hoy en día.

e. Fin de los códigos

Como consecuencia del proceso de sectorialización y fragmentación de la actividad legislativa, que cada vez más se ocupa de situaciones sectoriales que no tienen ninguna pretensión de adquirir generalidad (por lo contrario, busca librarse de esta), así como del desalojamiento de grande parte del ámbito decisorio antes concentrado en la ley al Poder Ejecutivo y grupos sociales organizados, es posible constatar, también, un proceso de pérdida de credibilidad y prestigio con relación a los códigos. Los códigos, tal como ha sido tratado anteriormente, constituían el apogeo del régimen legicentrista, exactamente por constituir importante herramienta para aumentar la coherencia sistémica de las leyes. A partir de los códigos, con las previsiones de sus partes generales, es posible la previsión de criterios claros de aplicación de las leyes, así como a partir de la organización de todas las normas relativas a determinada materia parece posible, tanto al intérprete como al legislador, encontrar rumbos comunes de actuación, tal como teníamos en los principios propios del derecho penal, del derecho civil, etc.

De este modo, la sectorialización y el desalojamiento del poder normativo implican en un cierto desprestigio de los códigos, porque acabaron por permitir una “ocasionalidad” de las decisiones normativas, de la misma forma en que liberaba cada vez más la ley de una lógica principiológica que podría ser encontrada (aunque en grado reducido) en los códigos.

f. Límites lingüísticos de la regulación general

De entre los problemas enfrentados por la ley, otro punto importante consiste en la desmitificación de la posibilidad de previsión por el legislador de todas las conductas posibles, así como la adecuación de la previsión de una solución padrón para todas las situaciones constantes en el mismo supuesto de hecho. En el aspecto lingüístico referente a la regulación general, dos puntos merecen ser destacados.

trasformazione istituzionale”. La crisi dello Stato-Nazione e della sua sovranità conduce ad una crisi della stessa sovranità popolare, che determina un deficit di democraticità sia a livello comunitario che all'interno dei singoli stati.” (MOSCHELLA, cit., p. 200).

El primero –que quizás implique en la relativización de importantes puntos de la cultura jurídica– consiste en la posibilidad de una regulación más general, donde la norma busca la tutela de un bien jurídico sin que necesariamente deba describir específicamente la conducta debida o prohibida. Tal posibilidad, como ya es posible percibir, implica la mitigación de máximas del derecho público propias del Estado liberal, según la cual al particular le es posible hacer todo aquello que la ley no prohíba y al administrador solamente le es posible hacer lo que está autorizado por la ley. Según hemos visto anteriormente, los contornos del principio de la legalidad estricta están considerablemente alterados a partir del desplazamiento de la soberanía de la ley a la soberanía de la constitución, donde el administrador también es un intérprete de la constitución y, por tanto, no puede estar siempre sometido a las materias específicas de la ley. Puede ser tanto autorizado como limitado por la constitución, de la misma forma que lo es el legislador. Esa alteración repercute, también, con relación al otro lado del principio de la legalidad, el cual consiste en la máxima de que al particular le es posible hacer todo lo que no sea prohibido por la ley. Atentando a la forma de producción normativa actual, principalmente a partir de la visión normativa de la constitución, pueden ser observadas normas que no se limitan a describir un supuesto de hecho e imponer una conducta jurídica, sino que optan por una protección a un bien jurídico que debe ser tutelado. Esas normas, conocidas por principios, cuando detectado en el caso concreto una violación intolerable al bien jurídico tutelado (núcleo del principio), aunque no haya sido vedada una conducta de forma previa y específica, permite ser aplicado no solamente contra una ley, pero contra un hecho concreto practicado por el particular o por la Administración. Lo mismo vale para la ausencia de una consecuencia jurídica explícita y positivada para determinado acto. Tal posibilidad, como queremos demostrar, acaba por subvertir o mitigar la máxima de legalidad propia del Estado liberal, la que aún tiene aplicación jurídica plena en campos donde está envuelto el derecho de punir –como el derecho penal o tributario–, pero se ve cada vez más presente en campos como el derecho civil, por ejemplo.

Por otro lado, es a partir de esa aplicación normativa de la constitución con la tutela concreta a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que se legitima algunas conductas de la Administración o del Poder judicial prohibiendo, a partir del caso concreto, hechos que todavía no cuentan con una prohibición explícita de la

ley. Ejemplos de tales conductas tenemos en la tutela ambiental, en la tutela genética, u otras áreas específicas donde la velocidad de los hechos es absolutamente incompatible con la velocidad (y a veces los intereses) del proceso legislativo, de forma que la legalidad estricta propia de la concepción liberal está cada vez más mitigada en favor de una nueva forma de protección –sólo aplicable al caso concreto– de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.³⁴⁴

El segundo factor –ciertamente de mayor carácter lingüístico y que también desvela la pretensión del legislador decimonónico –, está relacionado con la posibilidad de realización de una justicia equitativa al encuadrar en el mismo supuesto de hecho una serie de situaciones fácticas idénticas, aplicándoles la misma solución padrón. Conforme apunta ZAGREBELSKY, la mera aplicación de las consecuencias jurídicas para relaciones diferentes que caben en el mismo supuesto de hecho es “al final, la más abierta de todas las interpretaciones jurídicas”.³⁴⁵

La inclusión de principios en los ordenamientos constitucionales y la protección que la constitución confiere a determinados valores y bienes jurídicos demanda una mayor complejidad en el proceso de interpretación y, al menos en los casos donde están afectados bienes constitucionalmente protegidos, en razón de esa dificultad lingüística de regulación general, es posible una relativización también de la solución estandarte prevista en la regla jurídica. La solución prevista por la regla tiene siempre la preferencia, pero puede ser alejada en algunos casos donde su aplicación concreta (mismo que constitucional, si considerada abstractamente) afecte de forma inadmisibles un bien constitucionalmente protegido.³⁴⁶

³⁴⁴ Tal fenómeno acaba por constituir una reacción al mito de la capacidad de omnipresencia del legislador, que tenía la pretensión no apenas de dar una solución general adecuada a todos los casos posibles a través de la descubierta de un supuesto fáctico y una atribución de solución jurídica correcta a todos los casos posibles, mas también a pretensión de poder alcanzar todas las situaciones que necesitaban de tutela. La diversidad y la dinamicidad de la sociedad plural contemporánea acabaron por derribar más este mito. Como apunta G. ZAGREBELSKY: “(...) las normas sobre interpretación dictadas por el legislador en cualquier tiempo y ordenamiento, al no haber logrado nunca su objetivo se señalan como ejemplos del fracaso de la pretensión de todo derecho <positivo> de establecer él mismo las condiciones de su alcance, es decir, cerrarse en sí mismo. (*El derecho dúctil*, cit., p. 135).

³⁴⁵ En las palabras de ZAGREBELSKY: “De este modo, la mera exégesis de los textos resulta, al final, la más abierta de todas las interpretaciones.” [...] “El positivismo ha fallado al positivizar valores porque lo hizo de forma cerrada o sea, sin considerar el caso concreto – el único que puede fornecer elementos sobre la totalidad de los valores involucrados. Los juicios positivos, por lo tanto, son siempre parciales.” (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 146). Aunque no concordemos con ZAGREBELSKY al utilizar el término positivismo como sinónimo de “legicentrismo”, vemos como adecuado su análisis si observada esta restricción.

³⁴⁶ Sobre ese tema ya tratamos más detallada y específicamente en el artículo intitolado “O direito à impenhorabilidade e a nova interpretação constitucional”, publicado en la *Revista de la Procuradoria-Geral do Estado (RPGE)*, v. 28, n. 59, Porto Alegre, junio de 2004, p. 53-66.

2.3.1.3 Lógica de la ley en el constitucionalismo contemporáneo

Cuando utilizamos expresiones como “constitucionalismo contemporáneo” o “neoconstitucionalismo”, lo hacemos con el intento de destacar las diferencias que esta concepción de la constitución como norma superior y fundamental del ordenamiento jurídico presenta en relación con la posición adoptada por el Estado legislativo, el cual ha posibilitado la supremacía de la ley como fuente hegemónica del derecho, y en cuyo contexto la constitución asumía funciones meramente formales. Según he mencionado, la confianza en la racionalidad del legislador era tal en el Estado moderno que era él el responsable de conferir la justa medida a los derechos y atribuir sentido a la constitución, no estando, por tanto, sujeto a cualquier limitación. En el momento en que la ley deja de ser considerada sacra en razón de la pérdida de gran parte de sus características principales, deja de ser también un instrumento de garantía de libertad para convertirse en amenaza a la libertad.³⁴⁷ Por otro lado, habiendo perdido mucho de su poder de control sobre la Administración, el derecho pasa a desarrollar medios de garantía de los derechos fundamentales y de las libertades de los ciudadanos a través del redescubrimiento de la constitución como norma fundamental, capaz de limitar no sólo a la ley, sino a todos los poderes del Estado.

Del mismo modo que el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo contemporáneo también tiene por objetivo principal hacer del derecho instrumento de garantía de la libertad. En este caso, teniendo en cuenta las deformaciones sufridas por la concepción inicial de ley y de la propia alteración del modelo de relación política y social, el objetivo del constitucionalismo contemporáneo será el de libertar al ciudadano también del absolutismo de la ley, del modelo de “ley por la ley”, de la ley como instrumento soberano que no encuentra ningún límite sino en la

³⁴⁷ En el mismo sentido apunta FERNÁNDEZ SUAREZ: “Los excesos propiciados por un legalismo de base puramente voluntarista, y un positivismo dogmático, cerrado a cualquier clase de crítica al material jurídico dado, unidos a una visión simplista de la aplicación del derecho como mera subsunción o acto puramente declarativo, y si a ello añadimos los aportes que en plano epistemológico jurídico se han producido en los últimos tiempos, ya tenemos, en gran parte, la clave para que la racionalidad jurídica se desplace de la legislación a la jurisdicción. Esa importancia que pasan a tener los órganos jurisdiccionales en general y en especial los tribunales constitucionales, nos plantea un nuevo marco en el que tiene que desenvolverse la ley. De ahí que el constitucionalismo no pueda ser visto simplemente como la sustitución de la ley por la Constitución, sino que se trata de una transformación más profunda, que afecta, entre otras cuestiones, al papel que han de desempeñar los distintos órganos de producción jurídica.” (FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A.. “La crisis de la ley: control judicial de la legalidad”, cit., p. 574).

voluntad del legislador. Además, procurará garantizar una protección contra el poder estatal, algo que la ley no se muestra más capaz de ofrecer. Así, es normal que la concepción constitucionalista sobre el derecho proponga una lógica diversa con relación a la posición que deben ostentar tanto la ley como el legislador en las fuentes del derecho. A partir del constitucionalismo se alteran los procesos de producción y aplicación del derecho. Además, hay una clara concientización sobre el proceso de crisis de la ley y su apropiación por intereses privados, lo que hace que no más sea considerada representante de una “voluntad general” y que por veces adquiere función de una mera manifestación ocasional de poder. El derecho estará condicionado, entonces, por la constitución, que de forma alguna viene a sustituir la ley, pero sí alterar toda la lógica jurídica a través de la introducción de normas más abiertas y en algunos casos contrapuestas, de límites al legislador y de la consideración del derecho como un proceso inacabado, donde ejercen funciones relevantes todas las instituciones creadas y sometidas a la constitución, que deberán trabajar para encontrar un punto de equilibrio entre valores contrapuestos.

En ese nuevo contexto, la ley deja de ser “la fuente” del derecho para volverse “una fuente” del derecho, por lo que por primera vez tras el legicentrismo se hace posible atribuir límites a la acción del legislador, que pasa a estar sujeto a un control de adecuación de sus actos a las normas constitucionales, lo cual esta en cargo de uno o varios tribunales. Además, este control se da de forma no solamente formal, sino también material.³⁴⁸ Así, el constitucionalismo contemporáneo mantiene la posición de constitución como norma fundamental, pero se diferencia del modelo liberal porque suma a la posición jerárquicamente superior de la constitución a la posibilidad de control de esas normas, incluso la ley, a las disposiciones constitucionales.³⁴⁹

³⁴⁸ Conforme escribe ZAGREBELSKY: “La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del Estado constitucional. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente).” (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 34).

³⁴⁹ En la síntesis de Luis PRIETO: “El Estado liberal decimonónico, en efecto, escamoteó la idea de soberanía popular y de poder constituyente para operar así un desplazamiento de la supremacía constitucional por la soberanía estatal, de la Constitución por la ley, anulando cualquier fórmula medianamente efectiva de control de constitucionalidad. De ahí que haya podido escribirse que «la doctrina europea-continental del Estado de Derecho no contempla, sino que rechaza, la presencia de un catálogo de derechos fundamentales», esto es, de derechos eficazmente situados por encima de

La posición de supremacía de la constitución implica así un reequilibrio entre los poderes estatales, que ya no se someten solamente a la ley sino, antes de esta, a la constitución. El nuevo modelo institucional, que encuentra fundamentos materiales (y no meramente formales) en la constitución, destaca las funciones institucionales de cada poder en la protección de derechos y en el cumplimiento de sus tareas específicas. En ese contexto, legislador, administrador y juez tienen en la constitución un parámetro a orientar sus actos y, de este modo, recuperar la coherencia y la sistematicidad necesarios a un ordenamiento jurídico. Coherencia y sistematicidad son características que, en cierta manera, fueron perdidas en el momento en que la sociedad deja de ser “monoclase” para volverse plural, así como en los casos en que el legislador deja de respetar la generalidad y abstracción de la ley, cediendo a presiones de grupos políticos orientados por intereses otros que no el interés general. En suma, a partir del momento en que la ley pierde su compromiso con la racionalidad para orientarse por la característica ocasional.

En la tarea de conferir otra vez una coherencia al sistema jurídico en una sociedad heterogénea y de posibilitar que todos los hechos regidos por el derecho sigan una lógica racional, mejor dicho, sean orientados por los mismos valores, dos son las herramientas que se destacan en el constitucionalismo: la presencia de principios y la ponderación como técnica de interpretación.³⁵⁰

Los principios, normas de estructura más maleable, abarcadora y permeable, se presentan como estructuras más adecuadas a los objetivos constitucionales de

cualquier norma o decisión estatal; por lo que, en realidad, ese marco político sólo «existe un derecho fundamental, el de ser tratado conforme a las leyes del Estado». La lenta y costosa evolución de la Justicia constitucional en Europa es en cierto modo la historia que conduce a la substitución del Estado liberal de Derecho por el actual Estado constitucional, cuya característica fundamental es, como veremos, el control del poder y, ante todo y en primer lugar, el control sustantivo a partir de los derechos fundamentales.” (LP. *Ley, principios, derechos*. cit., p. 33-34).

³⁵⁰ La presencia de principios, posible afirmar, no es una exclusividad constitucionalista. Es perfectamente posible identificar principios cuando estamos delante de un sistema coherente. Al tiempo de los códigos, cuando era evidente la construcción de los sistemas jurídicos alrededor de ideales de libertad, de protección a la propiedad e igualdad, son muchos los principios identificados en la actuación interpretativa que no necesitaban estar previstos en reglas. De la propia observancia de normas morales también es posible la identificación de principios que podrían ser identificados como valores que permeaban la interpretación y que facilitaban encontrar una solución cuando el ordenamiento no era claro o específico. Conforme ZAGREBELSKY: “Estos principios del ordenamiento, es decir, su propia unidad, nacen, pues, de una unidad presupuesta que, al ser fundamental, tampoco tenía que ser expresada formalmente en textos jurídicos. Sobre la base de esta premisa, la ciencia del derecho podía mantener que las concretas disposiciones legislativas no eran más que partículas constitutivas de un edificio jurídico coherente y que, por tanto, el intérprete podía recabar de ellas, inductivamente o mediante una operación intelectual, las estructuras que lo sustentaban, es decir, sus principios. Éste es el fundamento de la interpretación sistemática y de la analogía, dos métodos de interpretación que, en presencia de una laguna, es decir, de la falta de una disposición expresa para resolver una controversia jurídica, permitían individualizar la norma precisa en coherencia con el «sistema». La sistematicidad acompañaba, por tanto, la «plenitud» del derecho.” (ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, cit., p. 32).

construcción de una coherencia sistémica en una sociedad heterogénea. En primer lugar, es importante destacar, como lo hace Luis PRIETO, que la constitución no vino a ocupar el papel de la ley, sino a dibujar un modelo de producción normativa innegablemente más complejo, donde todos los sujetos encuentran no una orden jerárquica unívoca, sino orientaciones de sentidos opuestos que exigen ponderación.³⁵¹ De esa forma, los principios no solamente reflejan el concepto de constitución como proyecto inacabado y un derecho en constante proceso de construcción por sus diversas fuentes; sino posibilita, también, la conjugación de varios intereses contrapuestos y heterogéneos que caracterizan la sociedad pos-moderna. La convivencia de los principios con las reglas permite que la atribución de sentido a los primeros sea dividida por un complejo proceso interpretativo, donde participan todos los poderes del Estado (ampliando así la participación en las fuentes del derecho) y que propician la garantía de un mínimo de reconocimiento de derechos a grupos opuestos, de intereses antagónicos. Esta lógica, evidentemente, es considerablemente diversa de la sencilla regla de decisión de las mayorías y de las soluciones fijas que pautaban el modelo puro de reglas.

Esa estructura más compleja de distribución del poder y, en consecuencia, de formación de la voluntad política, propicia al derecho también una mayor posibilidad de adaptación, lo que parece más adecuado al contenido dinámico de las relaciones sociales que procura regular. En el contexto de aceleración de los cambios sociales y de la diversidad de medios posibles de violación de los derechos fundamentales del ciudadano, la estructura convencional legislativa pautada en la anterioridad de la ley, en la legalidad y en la necesidad de previsión específica de situaciones concretas, no más representa un modelo efectivo de protección de esos derechos. Ante esa imposibilidad semántica de acompañar tamaña diversidad de avances sociales con repercusión en los derechos fundamentales, solamente una estructura más abierta de la norma, con más espacios a la actividad interpretativa, permite una mejor protección en el caso concreto. En esta línea, también es importante tomar como ejemplo la necesidad de una protección más amplia y abierta con atención al bien protegido, sumado a un análisis más concreto de la situación fáctica. Tales cambios rompen con la concepción de legalidad moderna, según la cual al particular era permitido hacer todo aquello que no le fuera expresamente prohibido por la

³⁵¹ PRIETO, L. *Ley, principios, derechos*. cit., p. 39.

ley³⁵², pero se desvela, en muchos casos, más adecuada para responder a los desafíos que se presentan al derecho contemporáneo.

Es verdad que ese nuevo modelo normativo y esa nueva repartición de los poderes en la tarea de producción del derecho acaba por reducir, de alguna manera, la seguridad jurídica y la función epistémica del derecho, al menos en lo que se refiere a la identificación de las conductas requeridas de los ciudadanos. Incluso, por otro lado, posibilitan una constante actualización de las reglas legales, una protección más adecuada a los casos concretos, así como una participación más efectiva y equilibrada de todos los poderes estatales en la construcción de significado jurídico en términos abiertos. Además, ese nuevo modo de producción jurídica garantiza una forma más efectiva de protección a los derechos al tiempo en que da más importancia al bien jurídico protegido que propiamente al enunciado normativo, lo que ofrece más garantías contra la ausencia de ley en una sociedad altamente compleja (y muy diversa de la sociedad liberal homogénea).

Hay, por tanto, con respecto al modelo anterior, una especie de liberación de la actividad interpretativa mecanizada y automática, así como una alteración de las bases del principio de la legalidad y de la libertad frente a la ley. Eso no significa, en absoluto, que la función de la ley y de la subsunción hayan desaparecido o hayan sido eliminadas, sino simplemente que a la ley se suman otras fuentes de derecho y a la subsunción se le agrega otro período en el proceso interpretativo. Cualquier actividad que envuelva al poder institucional del Estado debe estar de acuerdo con la constitución, lo que en el campo del derecho, destaca la apertura de una importante fuente de derecho: la judicial, en el momento en que la actividad de atribución de significado a términos abiertos presentes en los principios va, poco a

³⁵² La estructura tradicional de las reglas constantes en la ley, con la presencia de un supuesto fáctico a cuya adecuación sobre un hecho determina una consecuencia jurídica delante de un nexo deóntico, parece no dar cuenta de explicar gran parte de las normas constitucionales. Todavía, diversamente de lo que ocurría en el legicentrismo, la noción contemporánea de constitución normativa considera esas normas (los principios) como verdaderas normas jurídicas, las cuales imponen derechos y obligaciones, apenas determinando una forma diversa de interpretación donde el intérprete adquiere cierto protagonismo ante el espacio de construcción que se presenta. El intérprete de esas normas, diferentemente de lo que pueda parecer, no es solamente el juez. Agrandando, sin duda, también el protagonismo del órgano ejecutivo, pues tal como hace poco apuntado, va por tierra también la concepción de principio de legalidad liberal en el sentido en que a Administración solamente está autorizada a accionar en los términos en que autorizada por la ley. Con el constitucionalismo de principios y el desplazamiento de la protección para el "bien jurídico" se agranda considerablemente la posibilidad de actuación administrativa, que puede encontrar amparo en la protección de los más diversos bienes constitucionalmente tutelados. Considerada esa perspectiva, se hace evidente que no es solamente el juez que gana importancia, sino el legislador absoluto que pierde, habiendo una redistribución de tareas en la concretización de la constitución, donde el legislador ejerce también rol de destaque, sólo que menor que el ejercido en el Estado legislativo.

poco, consolidando la jurisprudencia como importante fuente de derecho (aunque se hayan tenido en cuenta los modelos de *civil law*).

En este contexto, que también incorpora principios al proceso interpretativo, la tarea de aplicación del derecho adquiere contornos de mayor complejidad, siendo que al proceso de subsunción y a los mandamientos de la ley se suman también la ponderación propia de los principios y la consideración del carácter normativo de la constitución. Si de un lado la necesidad de conservación de valores heterogéneos – y, no raro, antagónicos– previstos en la constitución demanda una utilización constante de la ponderación, por otro la necesidad de toma de decisiones políticas y el mantenimiento de la función epistémica del derecho es mejor ejercida a través de la estructura de reglas.³⁵³

Así mismo, ante una perspectiva de un ordenamiento jurídico en que se presente una constitución normativa como norma suprema, no dejan de estar presentes en esos ordenamientos las estructuras convencionales características de las leyes modernas, las cuales expresan claras opciones políticas cuya definición es dejada al cargo de las mayorías a través de sus representantes. Los sistemas jurídicos contemporáneos, así, no se constituyen solamente de principios, porque tal especie de norma (*open texture*) depende en gran parte de la complementación de las demás fuentes jurídicas: ley, jurisprudencia, actividad administrativa; para adquirir su sentido jurídico. Tal y como resume ZAGREBELSKY, la ley posee valor intrínseco y obliga no por su contenido, sino porque es fuente de derecho constitucionalmente reconocida y, por eso, hasta que sea invalidada, obliga a las partes y al juez:

³⁵³ Las razones de la sustitución del modelo legalista por el constitucional son resumidas por Luis PRIETO, *verbis*: “Con mayor o menos énfasis en los distintos autores, estos serían sus rasgos principales, rasgos que en lo sustancial suponen un desplazamiento de la ley a favor de la interpretación: primero, el Derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuestas a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias. Segundo, el Derecho no tiene, como pretende, un carácter sistemático o coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto. Tercero, el Derecho no puede quedar encorsetado en la ley del Estado, pues existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el intérprete. Cuarto, la letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras sus enunciados late un fin o interés social que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial. Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es en ningún caso una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley. Dicho en pocas palabras, frente a lo que imaginó la «ciencia de la legislación», la ley no agota la experiencia jurídica; incluso, para los más radicales, será un obstáculo a la misma”. (PRIETO, L. *Ley, principios, derechos*. cit., p. 20).

Aunque la vieja concepción de la ley como instrumento de autogobierno popular haya caído en descrédito bajo los embates de la crítica realista, sigue siendo verdad que en democracia esta concepción es menos infundada e ilusoria que en cualquier otro régimen. Por ello, en tanto que expresión de derechos democráticos, a la ley debe reconocérsele un valor en sí misma, con independencia de sus contenidos y de sus vínculos de derivación a partir de los preceptos constitucionales. La ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva, aun cuando puede deslegitimarse por contradecir la Constitución. En otras palabras, la ley vale en línea de principio porque es la ley, no por lo que disponga.³⁵⁴

La ley continúa, por tanto, siendo una fuente importante para el constitucionalismo, aunque sus mandamientos no sean absolutos, perentorios e ilimitados, tal como solían ser en el período considerado como legicentrista. Pero la presencia de principios opuestos exige siempre un proceso de ponderación, que no puede ser solucionado por el legislador, porque la competencia de este es abstracta y un verdadero proceso de ponderación es posible solamente en cada caso concreto. Definir una posición abstracta en favor de un principio y en detrimento de otro, significa nada menos que preferir un principio por otro, de modo que en este caso, el legislador estaría ejerciendo una competencia constitucional que no posee. La ponderación está, por tanto, fuera del alcance del legislador no sólo por motivos lógicos, sino también semánticos. El legislador debe siempre procurar la adecuación de una ley a los dispositivos constitucionales, pero no puede mantener la hegemonía con respecto al proceso de ponderación.

En la nueva división de competencias y diversificación de fuentes del derecho generadas por el proceso de consideración de la constitución como norma jurídica que condiciona a todos los poderes, es importante considerar que, del mismo modo que hay un nuevo encuadre de la actividad del legislador, éste no deja de mantener su competencia de definidor de la voluntad política de una determinada sociedad. Está limitado por la constitución, pero su competencia de órgano de decisión política está mantenida. Así que constituye también un desequilibrio entre las relaciones entre poderes (y lógicamente, violación de las competencias constitucionales) la utilización de la ponderación para sustituir elecciones políticas dentro de un margen de aceptabilidad constitucionalmente demarcada. Tal como propone la doctrina constitucionalista, la construcción de sentido a la constitución es tarea que debe ser realizada por todos los poderes estatales, constituyendo fuentes de derecho,

³⁵⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 151.

igualmente importantes, la ley, la actividad administrativa y la sentencia, siendo que cada poder actúa de acuerdo con sus competencias institucionales. La concentración de poder en una sola institución representa un grave riesgo para los derechos, porque posibilita una posibilidad demasiado grande de desestabilización del sistema de pesos y contrapesos.

Por lo tanto, nos parece muy importante la consideración de que el carácter normativo de las constituciones y la limitación del poder de deliberación legislativa en ningún momento significan la sustitución de la ley por la constitución. Significa, eso sí, la pérdida de la hegemonía de la ley como fuente de derecho, determinando que esté adecuada a principios materiales y formales previstos en la constitución. Considerando que tal control de adecuación es, en última instancia, hecho por un órgano externo al poder legislativo, y que políticamente debe ser considerado neutro, parece evidente la tentativa del constitucionalismo de rescatar la racionalidad perdida por la ley, sin que con eso le sea quitada la condición de principal instrumento de manifestación de la voluntad política.

Partiendo del control de constitucionalidad, la ley está sometida a una prueba de racionalidad. Racionalidad ésta que parece haber sido perdida en razón de una mitificación exagerada del poder de racionalidad del proceso político, mito que, poco a poco, fue siendo deshecho en razón de todos los factores aquí presentados.³⁵⁵

2.4 LOS CONCEPTOS DE DEMOCRACIA Y DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

³⁵⁵ Como apunta Luis PRIETO, *verbis*: "Las consecuencias que este fenómeno tiene para el modelo del Estado de Derecho legislativo son de primera magnitud: el legislador ya no es la viva voz del soberano, legitimado para dictar normas con cualquier contenido, sino que, sin convertirse tampoco en un autómatas ejecutor de la Constitución, ha de ajustar su política a las exigencias constitucionales, en ocasiones imprecisas y contradictorias, pero en todo caso fiscalizables por el Tribunal Constitucional. Por eso, creo que el modelo del constitucionalismo produce un acercamiento entre la racionalidad de la ley y la racionalidad de la sentencia. Dicho resumidamente, desde un punto de vista político en la ley han primado siempre los fines u objetivos: una buena ley es aquella que se propone buenos fines y es capaz de obtenerlos; mientras que la sentencia ha respondido a una racionalidad deductiva o sistemática: una buena sentencia o, mejor aún, una sentencia correcta es aquella cuya decisión se infiere de sus premisas y, en particular, de una premisa normativa. De ahí que los «considerandos» o la fundamentación sean indispensables en la sentencia y no lo sean en la ley. Pues bien, el constitucionalismo no es que aproxime los «estilos» de legislación y jurisdicción, de manera que los considerandos pasen a ser esenciales en la ley o dejen de serlo en la sentencia, pero sí estimula un esquema de racionalidad más compartido, al menos por una razón fundamental: y es que si bien la ley no puede entenderse, ni siquiera idealmente, como una deducción de la preceptiva constitucional, resulta indispensable que tampoco entre en contradicción con ella, lo que requiere efectuar un juicio acerca de su racionalidad normativa no muy diferente del que supone comprobar la legalidad de una sentencia; en cierto modo, como hemos dicho, el antiguo juicio externo o ético sobre la justicia de la ley se ha transformado en un juicio interno o jurídico sobre su validez." (PRIETO, L., *Ley, principios, derechos.*, p. 37-38).

Constatadas las alteraciones propuestas por el Estado constitucional con relación al Estado legislativo, se impone ahora el análisis de otro concepto que, para el objeto de esta investigación, es punto fundamental: el de democracia. Una vez deshechas algunas creencias y dogmas característicos del Estado legislativo, ¿se opera una consecuente alteración en el concepto de democracia? ¿La democracia es verdaderamente incompatible con la doctrina constitucionalista?

En un primero análisis, los conceptos de constitución y democracia parecen absolutamente compatibles, porque incluso en el Estado legislativo eran considerados perfectamente coherentes. El problema ocurre exactamente cuando las constituciones pasan a adoptar una postura normativa con relación a los contenidos materiales. Estos derechos, se puede decir, ya existían en el Estado legislativo. Lo que cambia es la postura ante ellos en un modelo de supremacía de la constitución y de una división sobre lo que puede o no ser objeto de deliberación democrática. Es a partir del momento en que los derechos se libentan de la ley, o sea, cuando los derechos fundamentales son considerados como anteriores al acto legislativo, que algunos conflictos teóricos suelen surgir. Lo curioso es que, quizás en un intento de destacar la compatibilidad de democracia, constitución y derechos, gran parte de la doctrina constitucionalista se refiere al Estado constitucional de nuestros días por la denominación de *Estado democrático de derecho*, en una clara contraposición a la denominación Estado de derecho que caracterizaba al Estado legislativo. Pues es exactamente en relación a la democracia el punto en el cual este Estado democrático de derecho enfrenta sus más pesadas críticas.

2.4.1 Argumentos democráticos del constitucionalismo

Una concepción institucional de la constitución como instrumento de organización del poder permite agregar un *plus* de racionalidad al proceso de formación de la voluntad política. Así ocurre, porque la pluralidad de fuentes de derecho que se suman a la ley en el Estado constitucional exige que la constitución –en su tarea de organización del poder – trace parámetros que deban ser seguidos en el ejercicio de las competencias de cada institución. De esa forma, considerando que la constitución establece las “reglas de juego”, o sea, las reglas de competencia

de los poderes del Estado, es inexorable que sus normas fijen parámetros materiales para unificar la acción de esas varias fuentes jurídicas, de modo que en esas normas en regla esté contenido algún tipo de protección contra las mayorías de ocasión. Tal protección incluso funciona como una autodefensa de la constitución contra las mayorías, para que estas no alteren las propias reglas de competencias y, por lo tanto, hagan inviable la condición de supremacía constitucional. Admitir tal posibilidad de alteración llevaría simplemente al retorno del Estado legislativo, estructura cuya superación parece contar con unanimidad en la doctrina.

A partir del Estado constitucional está clara la opción por un derecho que limite el ámbito de decisión de las mayorías. Es característica esencial del Estado constitucional la necesidad de la existencia de mecanismos de control externo para todos los poderes, mismo los de origen democrático, pues tal como apunta ZAGREBELSKY, utilizando la expresión de HOBBS, “estar sujeto a si mismo no es sujeción, sino libertad”.³⁵⁶

Sin embargo, la protección de la constitución contra el legislador no significa, en absoluto, una inalterabilidad de la constitución, sino su protección contra las simples mayorías, lo que es algo muy diverso. Exigir procesos cualificados y más complejos de reforma constitucional posibilita la protección de las minorías contra las mayorías, de forma a proteger la constitución de un poder político ocasional, imponiendo a que las mayorías democráticas sigan las reglas del juego en lugar de simplemente cambiarlas. Así, contra el argumento de JEFFERSON en el sentido de que las constituciones no pueden vincular las generaciones futuras de la misma forma que no pueden vincular a estados extranjeros, HOLMES observa que “se tutti i contratti della civiltà richiedesse la compresenza, allora ogni generazione sarebbe ridotta ad essere pericolosamente privata dei vantaggi risultanti dalla cooperazione intertemporale, nella quale i soci non possono, per principio, incontrarsi”.³⁵⁷

En ese caso, de acuerdo con la doctrina constitucionalista, la simple previsión sobre la posibilidad de alteración de la constitución implica en el establecimiento de una presunción de un consenso tácito entre las generaciones sobre la política constitucional, no habiendo ningún motivo para exigir un consenso explícito de

³⁵⁶ ZAGREBELSKY, G., El derecho ductil, cit., p. 47.

³⁵⁷ HOLMES, S. “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia”, p. 192.

tiempos en tiempos.³⁵⁸ Primero, porque someter la constitución a una “ratificación periódica” importaría reconocer alguna regulación que fuera anterior a la constitución, la que establecería la regla de que es la simple mayoría que decide sobre la constitución. En segundo lugar, porque la sumisión periódica de la constitución a esta “ratificación” popular hace débil el comprometimiento con sus disposiciones, reduce la estabilidad política proporcionada por la constitución y, peor, somete la “razón” de la constitución (que no es obra solamente del texto constituyente, sino de la evolución de la interpretación de la constitución por todos los poderes) a la voluntad política de ocasión. Como apunta HOLMES, negar los empeños hechos por los antecesores es impracticable, pues los miembros de cada nueva generación deben respetar y coexistir con los supervivientes de las generaciones más antiguas.³⁵⁹

Una vez adoptada la perspectiva de constitución como un necesario instrumento de creación y organización de los poderes estatales y de las fuentes jurídicas, es posible vislumbrar la posibilidad de su convivencia con un régimen democrático. Tal construcción es lo que se suele llamar *democracia constitucional*. La función institutiva y creadora de la constitución desvela el carácter predominantemente organizador del poder de un Estado, incluso en cuanto al reconocimiento de la regla de la mayoría para deliberación de asuntos políticos. Así, la constitución no sólo atribuye el poder, como reglamenta su uso, garantizando que en ese proceso sean respetados límites procedimentales, de participación y de control político, o sea, establece las reglas del proceso democrático. En razón de eso, tal como apunta HOLMES, la identificación de la constitución como mero instrumento de limitación del poder político es simplista e incorrecta. La concepción más acertada parece estar mucho más en la función de distribución del poder y atribución de competencias, que propiamente una limitación.³⁶⁰ Una función mucho más positiva que negativa con respecto a los poderes de Estado.

³⁵⁸ Hasta porque parece difícil encontrar un consenso sobre ese lapso temporal que determina el tránsito de una generación a otra.

³⁵⁹ “Chiudere la porta di fronte agli impegni presi dai predecessori è impraticabile, poiché i membri di ogni nuova generazione devono coesistere con i superstiti di quella vecchia.” (HOLMES, S. “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia”, p. 195)

³⁶⁰ “Le costituzioni non limitano meramente il potere, ma possono crearlo e organizzarlo, così come possono imprimergli una certa direzione. E, più importante di tutto, un governo limitato può favorire l'autogoverno aiutando a creare il «sé» (o l'unità nazionale) che governa. Che il costituzionalismo possa contribuire al processo di costruzione della nazione è una

Es evidente que, si consideramos el modelo de Estado legislativo, en el que el poder legislativo actuaba como poder soberano y, por tanto, no encontraba límites en ningún documento anterior (así como la regla de la mayoría) hay, en comparación a lo que propone el constitucionalismo, una innegable reducción del ámbito de competencias por parte del poder legislativo, que pasa a encontrar límites en la constitución y a sufrir un control de esos límites por el control de constitucionalidad. Ocurre que son exactamente estos cambios que determinan la transición del Estado legislativo – en el que la gran mayoría de los elementos de control del poder estatal y de la definición de los rumbos políticos están concentrados en la ley– para el Estado constitucional, que se caracteriza por la división de competencias entre los varios poderes estatales y que tiene su sincronía de actuación guiada de acuerdo con algunos derechos considerados fundamentales.

En esa perspectiva más positiva, la constitución no actúa como mero limitador del poder legislativo (explicación que en cierto grado proviene de una visión legicentrista de las fuentes jurídicas), sino como elemento instituidor de competencias a los poderes, lo que deja más evidente dos importantes consecuencias del constitucionalismo con relación a la noción de democracia en el Estado constitucional: a) la primera se refiere a la facilitación de la identificación de las diversas fuentes de derecho y de atribución de sentido a la constitución, donde el desarrollo de los conceptos previstos en el texto constitucional – en general carentes de una definición más concreta – encuentra como intérpretes no sólo el legislador, sino también el administrador y el juez. Siendo todos esos órganos potenciales intérpretes de la constitución y teniendo ésta carácter normativo, es posible visualizar la interesante diversificación de las fuentes de interpretación constitucional, aunque al final – en caso de disenso – la propia constitución definirá la autoridad competente para dar la palabra final; b) el segundo sentido consiste en el importante hecho de comprender democracia como procedimiento constitucionalmente previsto de toma de decisión política y no como simple regla de la mayoría. Esa visión, propia del Estado legislativo, nos parece haber sido definitivamente desmitificada a lo largo del último siglo, que al menos sirvió para

prova evidente del fatto che esso ha una funzione positiva e non meramente negativa.” (HOLMES, S. “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia”, p. 197).

deshacer creencias como la de la posibilidad de desvelo de una “voluntad general”, de la “racionalidad presumida de la ley” o de la “justicia de la ley”.

La noción de constitución como elemento central del ordenamiento jurídico y de ordenamiento jurídico como elemento central en la definición de Estado, propicia la conclusión de que la constitución, por constituir los poderes, distribuir competencias y establecer reglas del juego democrático, es jerárquicamente superior a los poderes constituidos. De acuerdo con esa línea de raciocinio, es la constitución la que detiene la soberanía y, como tal, no precisa necesariamente estar limitada o restringirse meramente a contenidos formales. Por su condición de soberana, puede también ingresar en contenidos sustanciales o materiales. Según se posicionan BONGIOVANI E GOZZI, recuperando la doctrina de KELSEN, cuando una constitución ingresa en contenidos materiales para reconocer derechos y valores como dignidad, igualdad, libertad de opinión o propiedad, está ocupándose no solamente de procedimientos formales de definición de competencia, sino de reglas sustanciales que valen tanto cuanto las reglas de competencia. Luego, la idea de constitución no se refiere solamente a los órganos estatales y a los procedimientos legislativos, sino también a las determinaciones materiales que sellan las relaciones entre Estado y ciudadano, tales como los derechos fundamentales y demás límites materiales en ella previstos.³⁶¹

En ese caso, de la misma forma que el objeto de la constitución no es solamente la organización del poder político, es posible identificar en esa constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico, así como un concepto procedimental de democracia, segundo el que ésta no constituye un fin en sí mismo, sino un ramo de competencias constitucionales dejadas a la deliberación de órganos legitimados a través del voto. Tal perspectiva puede ser encontrada en las ideas de H. KELSEN – que, aunque sea en algunas lecturas más simplistas acusado de

³⁶¹ “Quando una costituzione proclama, infatti, l’uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, la libertà di opinione, l’inviolabilità della proprietà, la costituzione stabilisce non solo che le leggi debbono essere elaborate secondo la procedura prevista dalla costituzione, ma anche all’uguaglianza, alla libertà, alla proprietà, ecc. Secondo questa prospettiva si può pertanto affermare che la costituzione non è soltanto una *regola procedurale*, ma anche una *regola sostanziale*, per cui una legge può essere contraria alla costituzione sia causa di una irregolarità procedurale, sia causa di un contenuto contrario ai principi formulati dal costituente (Kelsen, 1981b, p. 154). Pertanto, l’idea di costituzione comprende non solo le regole che si riferiscono agli organi e alle procedure della legislazione e della esecuzione, ma anche la determinazione dei rapporti tra lo Stato e i cittadini, ossia il catalogo dei diritti fondamentali che racchiudono i principi che determinano il contenuto delle leggi. La dottrina pura del diritto consente così di formulare *gli elementi fondamentali di una teoria costituzionale della democrazia contemporanea*, enunciando con chiarezza i termini della relazione che intercorre tra *democrazia e diritti fondamentali*. (BONGIOVANI e GOZZI, cit., p. 237)

sustentar un régimen de Estado legislativo –, siempre fundó su idea de sistema jurídico en una condición de supremacía de la constitución, incluso con la presencia de normas materiales.³⁶²

2.4.2 KELSEN y el concepto procedimental de democracia

Aunque de forma más tímida, si comparamos el modelo constitucionalista estadounidense de democracia y relación entre los poderes, es posible identificar en KELSEN un primero esbozo de una concepción de democracia constitucional, esto es, fundada en la supremacía de la constitución y que considera el carácter institucional de los poderes del Estado. A pesar de ser contemporáneo al Estado legislativo, las ideas de KELSEN trabajan en el sentido de romper paulatinamente con las concepciones de separación rígida de poderes y de supremacía del poder legislativo, el que, como referido, acabó por sustituir el absolutismo del rey por el absolutismo de la asamblea. Todo, siempre alrededor de la idea de constitución como centro del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, centro de toda la organización estatal.³⁶³ Tal como describe FIORAVANTI, para KELSEN “la constitución es democrática cuando no tiene dueños, cuando niega a todos la posibilidad de dictar de manera autorizada su interpretación conforme a la voluntad del soberano, del sujeto que aparece, en la línea que é critica, como el autor de la constitución, como el titular originario del poder constituyente.”³⁶⁴

Sin embargo, como teórico del derecho siempre preocupado con la descripción real de un sistema jurídico, la propuesta de KELSEN no rompe drásticamente con el modelo de Estado legislativo, aunque proponga una

³⁶² En verdad, como se ha destacado en la parte en que examinamos el positivismo jurídico, lo que KELSEN siempre sostuvo fue una visión positivista del derecho, en el sentido de la necesidad de descripción y comprensión del fenómeno jurídico. El problema es que hay mucha confusión entre lo que proponía el positivismo jurídico y el sistema jurídico propio del Estado legislativo, que, descrito por el positivismo, muchas veces era identificado con algo que se denomina “positivismo ideológico”, algo extraño a la teoría del derecho. Nos parece que el problema de KELSEN es la insuficiencia de su doctrina para explicar la “falta de eficacia”, algo que a nuestro entender sólo vino a ser solucionado por HART. Todo eso no impide de considerar Hans KELSEN uno de los primeros grandes constitucionalistas del sistema europeo-continental, elaborando la matriz de lo que hoy viene a ser el constitucionalismo en Europa, principalmente en lo que se refiere al control de constitucionalidad.

³⁶³ Tal punto de la concepción kelseniana sobre la organización del Estado alrededor del derecho está descrito en el capítulo referente al constitucionalismo como teoría del derecho.

³⁶⁴ FIORAVANTI, M., cit., p. 156.

aproximación mayor a las ideas constitucionalistas. A partir de su obra, ya se percibe la defensa de una constitución no solamente con función de mera organización de poder y que confiere autoridad a la Asamblea, sino una constitución republicana y pluralista. Incluso defendiendo una opción parlamentaria como modo de régimen político al Estado, la democracia kelseniana viene siempre acompañada de la posibilidad de imposición de límites al legislador. Tales límites sirven como garantía de un pacto de unidad del pueblo, garantizando que la manifestación de voluntad de la mayoría no coloque en riesgo el pluralismo reconocido por la constitución, lo que garantiza el equilibrio entre las fuerzas políticas.

En lo que se refiere a la separación de poderes y a la garantía de esos límites, es posible percibir el mayor avance de la doctrina constitucionalista europea hasta el momento: la previsión de un sistema de control de constitucionalidad a ser realizado no internamente, sino por un Tribunal Constitucional. La simple existencia de una posibilidad de control de la ley no sólo afecta la confortable posición de supremacía del poder legislativo con relación a los demás poderes, como, principalmente, pone un fin a la presunción de corrección, racionalidad y justicia del acto legislativo. El control de constitucionalidad no viola el carácter democrático de la constitución porque la ley controlada ya no es la ley originada de un poder soberano. Una vez consagrada la supremacía de la constitución, el legislador no es más un poder soberano como en el modelo de Estado legislativo, sino delegado y, por eso, sometido a los límites formales y materiales de la constitución. La ley es válida solamente cuando realiza el ideal democrático de respeto a la pluralidad de fuerzas existentes en determinado grupo social.

En un sistema plural, la esencia de la democracia no puede estar simplemente en la regla de la mayoría. En el momento en que la existencia de una mayoría presupone la existencia de una minoría, también los derechos de la mayoría dependen, por lo menos, de los derechos de existencia de la minoría. Así, la esencia de la democracia en las sociedades plurales está en la dialéctica mantenida por mayoría y minoría, lo que le confiere unidad al Estado. Como apuntan BONGIOVANNI y GOZZI, contrariamente a la tesis de ROUSSEAU, la “voluntad general” solamente puede ser alcanzada a través del compromiso con el principio básico de la noción kelseniana de democracia: el “principio mayoritario-minoritario”, que consiste exactamente en considerar y respetar la posición y los derechos de las

minorías en el momento de decidir.³⁶⁵ En las palabras de KELSEN, “si la esencia de la democracia reside no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los grupos que la mayoría y la minoría representan en el parlamento, y así en la paz social, la justicia constitucional parece instrumento idóneo para realizar esta idea”.³⁶⁶

Esa nueva concepción de KELSEN con respecto a la democracia puede ser explicada como un reflejo de la alteración del perfil social europeo al final del siglo XIX, en el que la sociedad no más presenta el aspecto mono clase del modelo liberal, destacándose la necesidad del reconocimiento, sino también, de un pluralismo político. En ese contexto de arreglo social no más se mostraba adecuado admitir la posibilidad de la simple mayoría poder alterar las “reglas del juego”, pasando por encima de garantías constitucionales. La propia concepción de poder político y de Estado, según la doctrina de KELSEN, sostiene que estos solamente existen porque sostenidos en un poder jurídico que le son anteriores. La fundamentación kelseniana del Estado en el propio derecho no se muestra, por lo tanto, compatible con el modelo de Estado legislativo, en el que tanto el Estado como el derecho están a la merced de la voluntad libre de uno de sus poderes constituidos. Así que se puede decir que a partir de la adopción de la doctrina de KELSEN hay un cambio significativo de modelo de Estado, iniciándose un nuevo modelo en que, como sintetizan BONGIOVANNI y GOZZI, “la concezione dello Stato subordinato all’ordinamento giuridico sarebbe stata, infatti, la forma politica della democrazia del secolo XX”.³⁶⁷

Si la democracia consiste en el método de tomada de decisiones políticas dentro de un Estado que está, a la vez, limitado por un ordenamiento jurídico que le constituye y le es anterior; por consecuencia también la democracia no puede ser comprendida como un fin en si misma, sino como un procedimiento establecido por la constitución. El eje de la teoría kelseniana está, por tanto, en el ordenamiento jurídico (y no en el modo por lo cual está constituido) así como en la norma inaugural

³⁶⁵ “A suo giudizio, l’essenza della democrazia consiste nella dialettica tra maggioranza e minoranza, per cui la «volontà generale» non è – contro le tesi di Rousseau – la volontà di una maggioranza imposta alla minoranza, bensì piuttosto il risultato dell’*integrazione* degli orientamenti politici che si esprimono nelle loro volontà. In ciò risiede il significato del principio di maggioranza delle democrazie, che sarebbe più adeguato denominare «principio maggioritario-minoritario». Questo principio esprime adeguatamente l’essenza della democrazia, ossia il *compromesso* come fondamento della volontà generale.” (Bongiovanni e Gozzi, “Democrazia”, p. 238)

³⁶⁶ KELSEN, H., La garantía de la constitución, p. 202. **revisar referencia)**

³⁶⁷ Bongiovanni e Gozzi, “Democrazia”, p. 236.

de ese ordenamiento que, además de la *grundnorm*, es la constitución. De esa forma, la gran contribución de la teoría de KELSEN para una concepción actual de democracia es la de posibilitar, en el sistema europeo, el desplazamiento de los derechos de la ley. Una constitución, como norma creadora del proceso democrático, no puede estar sometida a este mismo proceso.³⁶⁸

2.4.3 Problemas actuales de la concepción de democracia: las alteraciones de los modelos sociales y su influencia sobre el concepto de democracia. Teoría realista-elitista sobre la democracia

La afirmación de que la democracia constitucional constituye la superación de la perspectiva liberal de democracia nos parece absolutamente verdadera. Lo que nos parece equivocado es sostener que esta sustitución constituya una simple superación doctrinaria de modelos teóricos. En realidad, considerando el escenario jurídico y político actual, es posible entender que otra serie de motivos contribuyeron a la consolidación de la democracia constitucional como forma de poner frenos a las vicisitudes del modelo de democracia mayoritario puro (liberal). Tal como hemos analizado cuando tratamos del proceso de culto y decadencia de la ley, ese fenómeno paralelamente puede ser relacionado a la pérdida de la confianza también en la democracia, para desvelar una “voluntad general” y en la presunción de infalibilidad de la ley, ambos tenidos como máximas del Estado liberal. Del concepto de democracia y ley que fue construido por la teoría de ROUSSEAU poco quedó. No se trata de que la ley y la decisión de la mayoría no sean importantes vehículos de toma de decisión política actualmente. Sin embargo, parece claro que no gozan del prestigio y tampoco ostentan todas las virtudes que les era atribuida en el Estado legislativo. Por lo contrario, conforme se ha abordado en el análisis político con respecto a la representación y en el ámbito jurídico cuando tratada la soberanía, cada vez más se desvela una pérdida de racionalidad y la participación de intereses

³⁶⁸ En las palabras de BONGIOVANNI y GOZZI: “Il contributo kelseniano all’elaborazione costituzionalista della dottrina della democrazia è perciò esemplare: da Kelsen i poi la tutela dei diritti soggettivi non sarà più affidata alla legge (stato di diritto) bensì – rifacendosi alla tradizione costituzionale americana – alla costituzione. (BONGIOVANNI e GOZZI, “Democrazia”, cit. p. 238).

que no el interés general, algo que el constitucionalismo viene a combatir. Tal vez por eso, el constitucionalismo frecuentemente es acusado de antidemocrático.

En este proceso de desmitificación de la democracia, se revela de gran importancia la teoría realista que trata del tema, la cual denuncia el carácter elitista que caracteriza las relaciones democráticas actuales, las cuales, durante mucho tiempo, se han valido de la “presunción de virtud” de la democracia y de la ley para, con eso, legitimar la tutela de intereses meramente privados a través del Estado.

Tal como ya denunciaba Gaetano MOSCA, las mayorías siempre se comportaron de forma pasiva, por lo que el gobierno siempre es ejercido por las minorías organizadas. Desde dentro de esa lógica, surge una interesante inversión de la teoría de la representación, que de alguna manera ilustra el escenario actual de gran parte de las relaciones electorales: no es el pueblo el que elige su representante, sino el representante que se hace elegir por el pueblo.³⁶⁹ En la misma línea, Joseph SCHUMPETER también trata de la desmitificación de la práctica democrática sosteniendo que las masas tienen necesidad de elegir una elite que decida en su lugar. SCHUMPETER concebía el método democrático tan solamente como un instrumento institucional para alcanzar decisiones políticas, con base en la cual los individuos singularmente obtienen el poder de decidir a través de una competición que tiene por objeto el voto popular.³⁷⁰

Ambas posiciones, siempre partiendo de una perspectiva realista, enfatizan la concentración de la representación en el mandato de los representantes, el que puede que no sea renovado, pero no es revocable y por eso, posibilita mucho más una noción de competencia adquirida por medio del voto, que propiamente la de representación. Los llamados “representantes” del pueblo, bajo esta perspectiva, son en verdad, una elite constituida por el voto y que tienen competencia para tomar decisiones políticas, sean estas del interés general de la mayoría, o de quienquiera que sea (incluso privado y corporativo). En esa lógica, acaban por explicar algo que es evidente: que la decisión política ni siempre sigue la vía del interés general que caracteriza la antigua concepción de “voluntad general”, sino muchas veces consiste en el acuerdo político entre los agentes con competencia para decidir y que son influidos por minorías organizadas, intereses corporativos o privados, que ejercen su

³⁶⁹ MOSCA, Gaetano. *Teorica dei governi e governo parlamentare*. Roma: Laterza, 1966 (ed. original 1896), p. 476.

³⁷⁰ SCHUMPETER, J.A.. *Capitalismo, socialismo, democrazia*. Milano: ETAS, 1977, p. 257.

poder de presión sobre esa élite. Esta perspectiva, finalmente, destaca una preocupación que no es objeto de la concepción de democracia mayoritaria, sino objeto de mucha atención por parte del constitucionalismo contemporáneo: la de que en la democracia se debe cuidar no apenas de la capacidad de elección de los representantes por los representados, pero principalmente, del ejercicio del “poder de decidir” que poseen estos representantes.

Por otro lado, la atención en la sustitución de la noción de representación para la de “competencia” proporcionada por la teoría elitista, permite la desmitificación de que los representantes manifiestan necesariamente la voluntad de sus representados. Considerando la cantidad y la complejidad de materias puestas en discusión, es posible verificar que en los sistemas políticos los representantes son fuertemente condicionados por partidos políticos, lo que determinará que la posición del representante generalmente coincida con la posición del partido. Ya en los sistemas en los que la fidelidad partidaria no es obligatoria, esta sigue la mera opinión o comprometimiento del representante. En ambos casos, el juego político se encuentra mucho más sujeto al que anteriormente se denominó “mercado de las leyes” de lo que propiamente la búsqueda por el interés público o mismo de la base electoral.³⁷¹

La aceptación de los representantes electos de acuerdo con la teoría elitista, o sea, como autoridades aptas para tomar decisiones políticas y que alcanzaron tal condición a través de la investidura por el voto, constituye un fuerte argumento legitimador del poder de los jueces en los sistemas que adoptan un control difuso de constitucionalidad, pues equilibra en cierta manera las posiciones relacionadas al modelo de organización constitucional. Si reconocemos que el parlamentario no representa necesariamente los intereses de sus representados, sino que sus decisiones deben ser respetadas porque es una autoridad legítimamente investida en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente determinadas, lo mismo se puede decir del juez cuando ejerce el control de los actos legislativos. Ambos son autoridades dotadas de competencia, pero que presentan una diferencia de acuerdo

³⁷¹ Ejemplo más extremo es el caso típico de consecuencia de la llamada “tele democracia”, donde muchos de los representantes oriundos de los medios de comunicación siquiera conocen su base electoral, porque son votados apenas porque conocidos. En regla, no poseen un histórico de postura política definida y constituyen un ejemplo evidente del representante que “se hace elegir por los representados”, los cuales siquiera saben quien son.

con la forma de investidura (y por eso, el juez tiene la carga de la fundamentación, lo que no ocurre con el parlamentario).³⁷²

Sin embargo, la concepción elitista de representación no es el único factor que contribuye con la desmitificación de la “presunción de virtud de la decisión democrática mayoritaria”. A esta se suman muchos de los factores presentados cuando del examen de la crisis de la ley, tal como la ejecutivización de la actividad legislativa, la complejidad técnica característica del Estado social que reduce el ámbito de disposición del legislador, la crisis de regulación del propio Estado, la internacionalización de la regulación jurídica, etc. Todos son factores que contribuyen a la desmitificación también de la relación entre decisión democrática y soberanía popular, algo que BOBBIO denominó “promesas no cumplidas de la democracia”.³⁷³

2.4.4 Democracia como procedimiento

A partir de una concepción constitucionalista de soberanía de la constitución y de reconocimiento de la constitución como instrumento jurídico y político de los cuales derivan todos los poderes del Estado, tenemos que el concepto de democracia queda considerablemente alterado, principalmente si consideramos el modelo adoptado por el Estado legislativo y todas las alteraciones que el modelo de supremacía de la constitución determina, tales como la creencia en la representatividad, la pérdida de soberanía de la ley, el fin de una separación rígida de poderes y de la jerarquización entre ellos.

En un primer momento, podemos observar que el propio sentido etimológico del sufijo *-cracia* ya no refleja una forma de poder, aproximando el sentido actual de democracia mucho más a la función formal-funcional que representa. El modelo

³⁷² Dependiendo del ordenamiento jurídico, porque en algunos ordenamientos se defiende la investidura del magistrado también por voto. No obstante, en términos jurídicos (al menos en la línea en que nos proponemos en este estudio), lo importante es la existencia de la competencia para desempeñar la función definida por la regla de competencia.

³⁷³ Conforme el profesor italiano, “[...] l’illusorietà della sovranità popolare e il potere delle élites; la limitata estensione del principio democratico che non si è affermato né nell’amministrazione pubblica, né nel sistema delle grandi imprese; il crescente divario tra l’incompetenza del cittadino e l’esigenza di soluzioni tecniche accessibili solo agli specialisti; l’assenza di controllo sul «potere invisibile» che si esprime nella possibilità per i governanti di disporre di strumenti tecnici per la conoscenza capillare di tutto quel che fanno i cittadini; la mancata educazione all’esercizio di una cittadinanza attiva e, al contrario, la diffusione del conformismo di massa e dell’apatia politica.” (BOBBIO, 1984, p. 3 e segs.)

constitucionalista solamente revela que el proceso democrático siempre fue un proceso limitado, aunque en la actualidad tiene sus límites mucho más claros porque están positivados en una constitución. Tal como ejemplifica HOLMES, cuando los electores democráticamente ejercen su derecho de elegir el presidente, manifiestan su intención tan sólo con relación a aquello que la constitución les permite decidir: un nombre entre varios para ocupar un cargo de presidente. No se les hace posible democráticamente deliberar cuántos presidentes podrán elegir, por cuánto tiempo éste ocupará el cargo, cuáles las condiciones en que puede o no ser elegido, es decir, todo el proceso ya está previsto constitucionalmente. La manifestación del pueblo es, por tanto, limitada a las reglas procedimentales constitucionalmente previstas.³⁷⁴

La misma regla de límites de deliberación vale para el legislador. En este caso, lo que está resaltado en el modelo constitucional es que la democracia generalmente se revela como un proceso de selección de representantes que ocuparán cargos con funciones ya predefinidas constitucionalmente. Esta predefinición de funciones en el modelo constitucional se conoce como competencias. Así, una vez elegidos los representantes populares, estos ya no son considerados los detentores de un mandato que les permite desvelar la “voluntad general”, algo mítico e indiscutible, o que les permitía ocuparse de cualquier materia, tal como se concebía en el Estado legislativo. En el Estado constitucional, aunque son considerados como representantes populares –solamente en razón de su investidura, pero con todas las desconfianzas ya apuntadas– son ocupantes de cargos públicos y por tanto, dotados de competencias. Así, teniendo en cuenta que es inherente a la noción de competencia el límite –pues si algún poder es conferido significa que fuera de los poderes conferidos no hay poder al ente delegado–, los representantes populares pueden ser tenidos como agentes políticos ocupantes de cargo público con competencias definidas, a los que compete actuar en el ejercicio de su relevante función, siempre dentro de los límites constitucionalmente establecidos.

³⁷⁴ “Quando entrano nella cabina elettorale, i votanti decidono chi sarà presidente, ma non quanti presidenti vi dovranno essere. Scadenza elettorali prefissate sottraggono alla discrezione dei pubblici ufficiali e delle maggioranze popolari una materia di grande importanza. La democrazia, in altre parole, non è mai semplicemente il governo del popolo, ma è sempre il governo del popolo entro certi canali predeterminati, secondo certe procedure preordinate, certi criteri prestabiliti di suffragio e sulla base (per scegliere un esempio rivelatore) di certi collegi elettorali predefiniti.” (HOLMES, S. “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia”, p. 201).

La democracia en el Estado constitucional no deja de ser definida por un proceso de decisión por mayoría. La mayoría, hay que decir, continúa siendo la característica fundamental de la decisión democrática. Lo que va a cambiar son las competencias destinadas a tal proceso de decisión y los límites impuestos por una constitución que establece las propias reglas y competencias del juego democrático. Como observa ANSUASTEGUI ROIG, es necesario superar una visión de democracia como simple regla de mayoría, para pasar a una concepción de democracia como mecanismo de selección de preferencias³⁷⁵, o sea, como método de selección de preferencias entre las opciones y dentro de los límites constitucionalmente previstos.

Si consideramos la constitución como un “proyecto inacabado”, en el sentido de que no trae soluciones listas, de ninguna forma se puede dejar de considerar la importancia de la decisión política. Lo que ocurre es que, teniendo en cuenta que muchas de las competencias políticas y jurídicas previstas en la constitución son divididas entre todos los poderes, no hay tantos espacios para decisiones absolutas, habiendo en muchos casos un proceso dialéctico entre los poderes para la atribución de sentido a términos constitucionales de sentido abierto.³⁷⁶ En ese caso, la decisión democrática actuará como importante fuente del derecho, porque su producto, la ley, continúa siendo fuente indispensable del derecho.

Sin embargo, el derecho no está ya considerado como dependiente de la ley, existiendo incluso en su ausencia. En razón de esa dialéctica entre los poderes, es posible, además, invalidar la propia ley. En base a esto, por ejemplo, es posible la limitación de algunas decisiones de las “mayorías” por parte de los derechos fundamentales, lo que representa, de alguna manera, la inversión de la lógica entre ley y derechos con respecto al Estado legislativo. Si antes los derechos solamente eran ejercitables si eran reconocidos por la ley, es posible decir que en un régimen constitucional la validez de la ley también está condicionada por los derechos, que existen y son exigibles por su previsión constitucional, no de la ley. A partir del

³⁷⁵ “Mi sembra, però, in ogni caso il primo stadio di una riflessione rivolta a superare una concezione della democrazia che si fonda esclusivamente sulla regola di maggioranza ed a giustificare le virtù della democrazia deliberativa che completi l’operatività del criterio di maggioranza – irrinunciabile in democrazia – con l’apporto della deliberazione collettiva intesa come meccanismo di selezione delle preferenze.” (ANSUASTEGUI ROIG, Sulla tensione tra costituzionalismo e democrazia, p. 20)

³⁷⁶ O, como enseña HAYEK, “(...) come la maggior parte degli strumenti, le norme [costituzionale] non fanno parte di un piano d’azione ma costituiscono l’attrezzatura per risolvere certe situazioni sconosciute” (F.A. von HAYEK. *Law, legislation and liberty*. London, 1976, p. 23, [trad. It. *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1986, p. 210]).

constitucionalismo y del reconocimiento de los derechos fundamentales como derechos exigibles e inacabados, se observa una fusión entre criterios de definición de los derechos. Si por un lado necesitan de la voluntad popular, tal como se exige en la elaboración de la constitución, tienen acrecido a ese proceso una innegable evolución histórica y de racionalidad en su fundamentación, que les permiten: a) gozar de una positividad constitucional que les coloca en posición jerárquicamente superior a la propia ley y, b) tener su contenido progresivamente revelado y revisado a través de la relación dialéctica entre todos los poderes del Estado que le atribuyen, alteran y construyen su sentido jurídico. Son, por tanto, derechos diferenciados y que, por eso, son resguardados de la simple voluntad de las mayorías, proporcionando siempre un necesario diálogo entre la razón que los fundamenta y la decisión de las mayorías.³⁷⁷

Este proceso de limitación de la voluntad de la mayoría por los derechos – principalmente los derechos fundamentales–, es en muchos casos conocida como democracia sustancial, exactamente porque posibilita la atribución de contenidos según los cuales el proceso democrático de toma de decisiones políticas “debe” actuar y otros donde “puede” deliberar, siempre limitado por los derechos.³⁷⁸ En nuestra opinión, más adecuado que considerar la democracia constitucional como una democracia sustancial, parece ser la adecuación del concepto de democracia a un procedimiento formal de tomada de decisiones determinadas constitucionalmente. De ese modo, estará asociada a la idea de competencia, que trae consigo la característica de la limitación. Ese punto nos parece que destaca todavía más la concepción constitucionalista de “división de tareas” en la interpretación constitucional que, por el hecho de proporcionar una clara definición de competencias, prevé siempre la última palabra a determinado órgano, de acuerdo con el tipo de caso en cuestión. En ese caso se reafirma con más claridad el respeto

³⁷⁷ “Di fronte alla ragione della costituzione e dei diritti inclusi in essa, la volontà, espressione di alcune forti esigenze etiche, nasce dalla maggioranza di coloro che prendono le decisioni nel quadro di un sistema democratico. Si dà dunque una tensione tra una ragione, per la quale le decisioni della maggioranza rappresentano un potenziale pericolo, e una volontà maggioritaria che può vedersi limitata nelle sue possibilità dalle “ragioni costituzionali””. (ANSUASTEGUI ROIG, “Sulla tensione tra costituzionalismo e democrazia”, cit., p. 15).

³⁷⁸ Es en ese sentido la doctrina de RENTERÍA DIÁZ, cuando afirma que: “Se di contrapposizione tra democrazia formale e democrazia sostanziale si può parlare in modo netto, essa riguarda tuttavia solo il fatto, certamente non indifferente, che mentre la prima si limita a considerare gli elementi che hanno a che vedere con la forma delle decisioni pubbliche, la seconda si allarga fino a considerare, oltre la forma, anche la sostanza. È facile vedere che questa nozione di democrazia, quella sostanziale, incorporando sia il senso del limite sia il senso del vincolo, ha in comune con la concezione formale, quella maggiormente accreditata, soltanto il senso della forma, il senso cioè che fa riferimento alla competenza e alla procedura: a chi e al come.” (RENERÍA DIAZ, *Costituzione e Democrazia*, cit., p. 230).

institucional y se define con más claridad lo que importa al poder judicial, al poder legislativo y al poder ejecutivo en materia de política y derechos. Es en el reconocimiento de las competencias ajenas y en el respeto por las decisiones tomadas por los demás poderes que parece residir el necesario equilibrio institucional defendido por el constitucionalismo.³⁷⁹

En esa línea, parece mucho más indicada una discusión sobre las competencias, porque ésta contiene la delimitación de todo aquello que puede ser decidido a través del proceso democrático. La democracia constitucional, entonces, pasa a ser un mero procedimiento de toma de decisiones regulado por la constitución. Las decisiones originarias de ese procedimiento –ante la ausencia de una jerarquía entre los poderes–, como cualquier acto origen del poder público, están sujetas al análisis de su adecuación jurídica– ante la obligación general de respeto a la constitución y a los derechos– la cual será hecha por una autoridad, dentro de los límites de su competencia.

El punto principal, así, debe estar en el ejercicio legal de las competencias constitucionales y en el cuidado por no interferir en las competencias de otro órgano,

³⁷⁹ La noción de democracia sustancial parece dispensable si trasladada al argumento democrático que predica el Estado constitucional, constituyéndose, así, en una democracia constitucional, concepción en la que el poder de decisión a través de mayorías parlamentares legítimamente constituidas es un poder limitado, y no más soberano. En la defensa de la tesis de una democracia sustancial, no raro se afirma que los derechos fundamentales actúan como límites al poder de decisión del legislador. Sin duda son límites, pero lo son de la misma forma que cualquier otra norma constitucional es un límite a la decisión del legislador, exactamente porque ocupan una posición jerárquicamente superior con relación a éste. Integran la constitución y, si considerado que es esta que confiere competencia al proceso democrático, son jerárquicamente superiores a las decisiones delegadas. Conforme entendemos, una concepción de democracia como procedimiento demuestra que lo que hoy se llama activismo judicial no interfiere en la democracia, tal como podría ser entendido a partir de una concepción de democracia sustancial. En la democracia como procedimiento, solamente participa el órgano legitimado constitucionalmente (el parlamento). Ese parlamento sólo puede tener su decisión anulada si contraria a la constitución “*quello che non si può decidere*” o, en otros casos, tener su omisión superada por el procedimiento judicial con relación a “*quello su che no si può non decidere*”. Con eso también resulta claro que no se puede olvidar que el único legitimado a la toma de decisiones es el legislador, y habiendo una decisión de la mayoría que sea compatible con la constitución, esta no puede ser sustituida judicialmente por una “mejor”, porque el juzgador no se encuentra autorizado constitucionalmente a “sustituir o intervenir en el proceso democrático”. La “mejor” construcción de sentido de determinado derecho fundamental, objeto de la decisión democrática, no es objeto del proceso democrático, porque es un modo de ejercicio de una competencia exclusiva del poder legislativo. Así que la adopción de un concepto de democracia como “sustancial” permite una interpretación equivocada de que los jueces están autorizados a participar del proceso democrático, sustituyendo al legislador cuando este no cumple sus funciones de forma adecuada, y esto no parece adecuado con la noción de “competencia”, por ejemplo. Por otro lado, parece que ese sentimiento de participación puede encorajar al juzgador a “mejorar” la actividad legislativa, lo que mucho menos encuentra una correspondencia constitucional. El problema en ese caso parece ser el mismo enfrentado cuando de la adecuación del proceso de “justicia” que se discutía en la parte anterior, donde estando ese presente, el juzgador podría optar por la “mejor solución” mientras que lo correcto parece ser lo de “solución constitucionalmente adecuada” que es más conforme con la decisión de las mayorías y el respeto a los derechos. La democracia, de ese modo, no deja absolutamente de ser considerada como un procedimiento de toma de decisiones políticas (opción política) donde el criterio definidor es la mayoría del órgano representativo – veamos que constitucionalmente esta mayoría está condicionada de muchas formas: mayoría calificada, suspensión temporaria del poder de deliberación, materias vedadas, otros derechos constitucionalmente previstos, etc.; lo que demuestra que es grande el número de limitaciones.

de forma que nos parece que el problema entre democracia y constitución es mucho más el de un acuerdo sobre las competencias y las instituciones que propiamente una incompatibilidad operativa o conceptual. Lo que ocurre a partir del constitucionalismo, esto sí, es un redimensionamiento del concepto de democracia, lo que ocurre mucho más por la conciencia de la necesidad de corrección de un superdimensionamiento ocurrido en el Estado legislativo, que por una desconsideración con el proceso democrático.³⁸⁰ Es, en cierta manera, natural que un proceso que tiene por esencia el acatamiento de las decisiones de las mayorías sufra una considerable limitación por los derechos en una sociedad que se considera plural. Es en la democracia como procedimiento constitucionalmente previsto y en el respeto a los derechos fundamentales por las decisiones de las mayorías que se fundamenta la transición de una concepción de democracia del Estado legislativo a una democracia constitucional, que ya nace condicionada por la constitución y por los derechos.³⁸¹

2.4.5 Control judicial y democracia: el problema del activismo judicial

Es hecho notorio en las democracias contemporáneas el crecimiento de un control normativo por parte del poder judicial, principalmente en lo que se refiere a las decisiones de carácter general tomadas por los poderes legislativo y ejecutivo.³⁸²

³⁸⁰ Como define MOSCHELLA: "Alla base del rapporto di rappresentanza che lega il popolo allo Stato, vi è la Costituzione, fonte che non rientra nella disponibilità dello Stato, ma neanche in quella dello stesso "sovrano", il cui potere di supremazia esiste solo nei limiti e nelle forme previste dalla Costituzione. Al di fuori di tali limiti la sovranità si risolve nell'arbitrio, e nel travisamento dei valori costituzionali che non possono trovare legittimazione nel principio democratico, in quanto l'esaltazione del principio maggioritario, inteso come dittatura della maggioranza, conduce ad un "eccesso" di sovranità che inevitabilmente ne modifica l'essenza e la sua qualificazione di principio e di valore assoluto che trova la sua legittimazione, ma anche il suo limite, nella Costituzione." (MOSCHELLA, *Funzione...*, p. 504)

³⁸¹ En ese sentido BONGIOVANNI y GOZZI: "La transizione dallo Stato di diritto alla democrazia non è avvenuta infatti, nell'Europa continentale, mediante la giustapposizione e la graduale estensione della libertà positiva accanto a quella negativa, bensì essenzialmente mediante la fondazione *costituzionale* dei diritti di libertà, propria della democrazia, rispetto a quella *legislativa* propria dell'età liberale." ("Democrazia", cit., p. 244).

³⁸² En ese punto, hay una gran diferencia conforme consideramos ordenamientos que adoptan modelos de control difuso o concentrado de constitucionalidad. En el caso de los países que adoptan este último, es evidente una postura de interferencia judicial mucho menor, ya que considerando el trámite diferenciado para un análisis de constitucionalidad en esos sistemas y por el número reducido de intérpretes (que son concentrados en el Tribunal Constitucional), se verifica una menor discusión de las consecuencias de la aplicación de la ley a los casos concretos. A ese punto, retornaremos aún en ese estudio, sólo mencionando la diferencia para justificar la utilización del termino juez para referirnos a la acción externa de control de constitucionalidad, algo que podría ser leído como equivocado en los modelos que adoptan el sistema concentrado.

Tal comportamiento es objeto de constantes críticas por parte de la doctrina, siempre relacionando ese “activismo judicial” a problemas de separación de poderes, “juridicización” de la política, o incluso sobre la propia concepción de democracia. Así ocurre porque este proceso de control jurisdiccional de las decisiones políticas rompe en cierta forma con la libertad de manifestación casi que absoluta de las clásicas instituciones político-representativas. El cuadro instaurado a partir de las constituciones contemporáneas innegablemente representa una alteración en la condición de hegemonía política que se observaba en el Estado legislativo.

Con el desplazamiento de la soberanía de la ley para la constitución, se altera sensiblemente la posición de jerarquía existente entre los poderes estatales, sustituyéndose a la supremacía del legislativo por una relación de equilibrio entre los poderes, lo que permite que ejerzan un mutuo control. Pero se altera también la relación de sumisión de los poderes al derecho, en el momento que este deja de estar condicionado a la ley, para estar condicionado a la constitución. Eso implica, por tanto, que también el legislador debe obedecer al derecho, y no más sólo a normas formales de competencia.³⁸³

Según hemos analizado anteriormente, esas modificaciones que implican la retirada de la condición de soberanía de la ley, de alteración de un modelo de separación rígida de poderes, y de desmitificación de la representatividad y presunción de justicia del acto legislativo; no posen solamente importancia teórica, sino que repercuten, de forma decisiva, en el concepto de democracia. En este caso, ésta ya no se considera como “voluntad libre” de los representantes populares, tal

³⁸³ En las palabras de BARAK: “Of course, an activity’s political nature may occasionally create a legal norm that, by the content of the norm, gives broad discretion to the political authority to act as it wishes. In that case, the political authority is then free to act within, but not without, the law.” En el mismo sentido la lección de Gisele CITTADINO, según la que: “Falar de um processo de judicialização da política, de outra parte, evoca necessariamente algumas indagações. Há relação entre a “força do direito” e o tão propalado “fim da política”? As democracias marcadas pelas paixões estão sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras? Uma idade racional do direito sucede uma idade teológica da política? Parece razoável afirmar que não. Confundir a política com o direito é certamente um risco para qualquer sociedade democrática. Acreditar, no entanto, que a “fraqueza do direito” possa ser garantia de liberdade para os indivíduos é certamente um risco maior. Após a crítica das normas, das disciplinas, nos anos 70, a força do direito apóia-se na idéia de autonomia e dos direitos dos indivíduos. Autonomia aqui não mais significa espaços privados imunes à intervenção do poder público, mas sim a capacidade que temos de dar a nós mesmos o nosso próprio direito. Como afirma Olivier Mongin, “não podemos abrir mão da política e tampouco devemos renunciar à “força do direito”. Sobretudo, não devemos nos impressionar com uma ideologia do direito que afirma que a idade do direito participa da desconstrução da política.” (CITTADINO, Gisele. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In VIANNA, Luiz Werneck (org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 18-19).

como ocurría en el Estado legislativo. En el modelo de Estado democrático de derecho, la decisión política tomada por la mayoría debe estar de acuerdo con los marcos constitucionalmente establecidos, sean ellos con relación a la forma o al contenido (derechos).

Un ejemplo del nuevo papel reservado a los jueces en un sistema de democracia constitucional encontramos en la doctrina de Aharon BARAK. Según el autor israelí, uno de los grandes problemas con respecto a la discusión del papel del derecho e en la separación entre derecho y política está en la definición de *justiciability*. En palabras del autor:

*The more non-justiciability is expanded, the less opportunity judges have for bringing the gap between law and society and for protecting the constitution and democracy. Given these consequences, I regard the doctrine of non-justiciability or "political questions" with considerable wariness.*³⁸⁴

BARAK sostiene su análisis sobre "*justiciability*" a partir de la consideración de dos tipos distintos: *normative justiciability* y *institutional justiciability*. Por *normative justiciability* se tiene la consideración sobre la existencia o no de criterios legales para la solución de una cuestión jurídica. Según BARAK, para cualquier hecho hay siempre un criterio legal aplicable, de forma que nada está libre de regulación jurídica.³⁸⁵

En este caso, hasta el más político de los actos es capaz de ser alcanzado por una regulación normativa, una vez que incluso para determinar si una cuestión es eminentemente política (discrecionalidad) hay normas de competencia que deben ser interpretadas aliadas a otras que, aunque indirectamente, determinan límites a la decisión política discrecional. Así, sería posible a un juez conocer y decidir sobre el más político y discrecional de los actos, tales como una declaración de guerra si, por ejemplo, la demanda estuviera fundada en la corrupción del Jefe de Estado para que éste declarara guerra a un otro Estado o grupo. La cuestión, por tanto, será el fundamento en que se ponga la insurrección de la parte, no la posibilidad de juzgar o no al acto.³⁸⁶

³⁸⁴ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2005, p. 177.

³⁸⁵ BARAK, A., *The judge in a democracy*, cit., p. 179.

³⁸⁶ Como resume BARAK: "My approach is that where there is a legal norm, there are also legal criteria that operate the norm. To say there are no legal criteria with which to decide an issue means only that the legal norm that the petitioner argues does not apply to the matter, but that another norm does apply to it. It follows that the argument that the matter is not normatively justiciable is merely the argument that the petitioner did not indicate a legal norm that makes the

Ya el segundo caso de *justiciability*, en gran parte relacionado como el nuevo arreglo de separación de poderes y competencias constitucionales propios del Estado democrático de derecho, es el que BARAK denomina *institutional justiciability*. Para analizar lo que sea *institutional justiciability*, se parte del principio de que hay siempre un criterio normativo posible para la resolución de cualquier demanda, por lo que este segundo tipo de justiciabilidad considera la adecuación o no de la cuestión ser definida. El criterio se asemeja mucho al *self-restraint*. Como apunta BARAK, “*the question is whether it is desirable to decide the dispute – which is normatively justiciable – according to legal criteria in court*”.³⁸⁷

En esa línea, tenemos como determinante la concepción constitucionalista de separación de poderes relacionada con el respeto a las competencias de cada institución, siendo el vínculo entre justiciabilidad y separación de poderes, cuestión siempre levantada en casos más complejos de decisiones de control de actos políticos. Conforme una concepción de separación de poderes que se fundamenta en la supremacía de la constitución, todos los poderes, mismo los más discrecionales y políticos, tienen determinada su competencia por la constitución. Luego, siempre que actúan deben hacerlo de acuerdo con el derecho y a la propia constitución, porque es en esa encuentran no sólo la autorización, sino también sus límites. Esa visión, tal como ya se abordó, es distinta del modelo de “especialización” y “no-interferencia” que caracterizaba al Estado legislativo. En el modelo constitucional, de la misma forma que se debe garantizar las competencias, es función de los demás poderes fiscalizar el correcto ejercicio de las competencias conferidas a los demás. En ese sentido, apunta BARAK:

There is nothing in the principle of separation of powers that can justify negating judicial review of government acts, whatever their character may be. On the contrary, the principle of separation of powers is what justifies

executive action forbidden. Thus, the argument about normative non-justiciability is merely an argument that there is no cause of action. In accepting an argument of normative non-justiciability, the Court does not evade a consideration of the legality of the action and determines that it is legal... The question arises as to whether every executive or administrative decision is justiciable. For example, are going to war and making peace also “justiciable” decisions that may be “confined” to a legal norm and a judicial proceeding? My answer is yes. Even with regard to war and peace we must determine which branch is competent to make the decision and what is the nature of its considerations (for example, the prohibition of personal corruption). It is of course possible to determine – and this question is open and difficult – that the other restrictions governing the use of administrative discretion do not apply. In this last case, the petition will be dismissed not because of its non-justiciability, but because the action is legal. In summary, the doctrine of normative justiciability (or non-justiciability) seems to me to have no independent existence.” (Aharon BARAK, *The judge in a democracy*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2005., p. 182-183)

³⁸⁷ BARAK, A., *The judge in a democracy*, cit., p. 183.

*judicial review of the acts of the government, even if they are of a political nature, since it ensures that every branch acts lawfully within its sphere, thus guaranteeing the separation of powers.*³⁸⁸

Así, ese control recíproco entre los poderes no significa de ninguna manera un confronto entre democracia y constitución. Por el contrario, es esa mutua colaboración y mutuo control lo que posibilita a un régimen democrático constitucional un sólido funcionamiento. Garantiza, por un lado, que las “mayorías” puedan expresarse democráticamente a través de las decisiones políticas cuyas competencias están constitucionalmente determinadas. Por otro lado, permite que las minorías no tengan violados sus derechos más elementales, habilitándolos a través de instrumentos constitucionales de competencia a defender sus derechos en caso de amenaza por una decisión política que ultrapasa los límites constitucionales.³⁸⁹

La cuestión, sin embargo, debe ser vista de manera distinta cuando el juez deja de ejercer el control de legalidad e constitucionalidad y pasa a querer sustituir la decisión administrativa. Este sí constituye el peligro para la democracia y para la separación de poderes. Quizás por eso nos parezca más interesante considerar tan solamente el control judicial como un control de legalidad y constitucionalidad de los actos políticos, de forma que siquiera sea necesario discutir sobre judiciabilidad. Según hemos señalado anteriormente, a partir de una consideración de que todo el acto es normativamente sujeto de análisis, siendo que ningún acto escapa al análisis jurídico —principalmente cuando provienen de poderes públicos—, es posible considerar el problema de justiciabilidad como absolutamente irrelevante.

Según entendemos, es regla básica de cualquier ordenamiento que todos deben obedecer al derecho, por lo que también se hace posible concluir que tanto los actos políticos como la decisión de cualquier mayoría también deben hacerlo. De esta forma, control, legalidad y control judicial aparecen como sinónimos. Nótese que la legalidad en el Estado democrático de derecho es absolutamente distinta de aquella del Estado legislativo, en el cual se consideraba a la ley como única fuente

³⁸⁸ BARAK, A., *The judge in a democracy*, cit., p. 185.

³⁸⁹ Utilizamos los términos “mayoría” y “minoría” entre comillas para destacar lo que fue analizado en el punto anterior, es decir, que el proceso de formación de la voluntad política en el sistema representativo ni siempre refleja el sentimiento de mayorías, sino en muchos casos de corporaciones y sectores organizados que a través de presión política y económica influencia el proceso de toma de decisiones de tal forma que no se hace posible afirmar que la decisión legislativa sea una representación real de la voluntad de las mayorías.

de derecho, siendo objeto del derecho solamente lo que está previsto en la ley. De la misma manera, el Estado legislativo se caracterizaba por una ausencia completa de control entre los poderes, porque primaba la concepción rígida de separación de poderes. A partir del Estado constitucional, el derecho no pertenece solamente a ley, por lo que ni ésta ni cualquier poder pueden violar el derecho. Pueden sí, modificar al derecho, pero no violarlo. De acuerdo con este modelo de relación equilibrada entre los poderes –mucho más complejo con respecto a la formación del derecho, el control recíproco de la adecuación jurídica de cualquier acto es exactamente lo que constituye la concepción constitucional de democracia, en la que les son atribuidas más importancia a las instituciones y a los objetivos del Estado, que propiamente a la simple decisión de una mayoría.

Ocurre que, considerando que tales marcos de contenido son, por lo general, establecidos a través de términos semánticamente variables, serán objeto de interpretación por todos los poderes estatales que, en el ejercicio de sus competencias, establecerán o construirán un sentido jurídico a estos términos. Así, además de la limitación de las decisiones políticas, tenemos en el modelo constitucional una importante discusión entre los poderes en el sentido de construcción de significación a términos jurídicos constitucionales, lo cual terminará siendo definido por una decisión de autoridad constitucionalmente definida.

Considerando estos dos factores: a) atribución de significado a normas de textura abierta, y b) análisis de la adecuación de las decisiones políticas a esas normas, es posible concluir que un gran número de decisiones en las que no se encuentra un consenso entre sociedad y poderes estatales acabe por ser objeto de una decisión jurídica, por lo que es normal que se acabe creando un problema nombrado “judicialización de la política”.

2.4.5.1 El problema del activismo judicial en el régimen constitucionalista

El riesgo de un proceso de transición de un régimen legislativo a un régimen constitucional, en el que hay un evidente desplazamiento del protagonismo legislativo en dirección al control judicial de esa actividad, siempre en sentido de reequilibrar las estructuras de distribución del poder y la participación de estos en la

formación del derecho, es exactamente la posibilidad de que ese desplazamiento ultrapase los límites del equilibrio, ingresando en esferas de desequilibrio institucional. Es en ese sentido en el que se concentran gran parte de las críticas al régimen constitucionalista actual, o sea, en el excesivo “activismo judicial”, que de forma muy concreta pone en riesgo las conquistas democráticas.³⁹⁰

Este riesgo, hay que señalarlo, está potencializado en los países que cuentan con un sistema difuso de control de constitucionalidad, en el cual es legítimo a cualquier juez (o sea, al poder judicial), dejar de aplicar determinada norma en razón de entenderla contraria a la constitución, o, en otros casos, atribuir un sentido jurídico a un término de una norma *open texture*, lo que posibilita crear una razón determinante, aunque *contra legem*, para decidir determinado caso.

En ese punto, la estructura normativa característica del modelo constitucionalista contribuye de forma decisiva, en el momento en que –según la teoría interpretativa de que principios opuestos deben ser ponderados–, permite cualquier acuerdo lógico por parte del intérprete en el sentido de preferir uno u otro de acuerdo con sus preferencias subjetivas.³⁹¹ Tal hecho hace posible que el “derecho fluido” defendido por algunos constitucionalistas, se vuelva un “derecho gaseoso”, que no cumple mínimamente su función epistémica.

La cuestión es que, al ocuparse de juicios de constitucionalidad, el análisis de los intérpretes, principalmente en el caso del control difuso, debe ser eminentemente jurídico, respetando, cuando sea posible una adecuación jurídica, a las decisiones políticas tomadas por los órganos competentes. Todo el análisis jurídico, en este caso, debe ser dirigido al sentido de la constitución, no lo que el juzgador personalmente cree ser lo verdadero, sino lo que fue atribuido por la comunidad

³⁹⁰ Como observa CITTADINO: “Falar em um processo de judicialização da política, de outra parte, evoca necessariamente algumas indagações. Há relação entre a “força do direito” e o tão propalado “fim da política”? As democracias marcadas pelas paixões políticas estão sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras? Uma idade racional do direito sucede uma idade teológica da política? Parece razoável afirmar que não. Confundir a política com o direito é certamente um risco para qualquer sociedade democrática. Acreditar, no entanto, que a “fraqueza do direito” possa ser garantia de liberdade para os indivíduos é certamente um risco maior. Após a crítica das normas, das disciplinas, nos anos 70, a força do direito apóia-se na idéia da autonomia e dos direitos dos indivíduos. Autonomia aqui não mais significa espaços privados imunes à intervenção do poder público, mas sim a capacidade que temos de dar a nós mesmos o nosso próprio direito.” (Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes, p. 20).

³⁹¹ Es lógico que autores que describen el proceso de ponderación defiende la imposibilidad de tal caso. Incluso, no solamente la práctica jurídica se encarga de demostrar que la práctica del proceso de ponderación no es infalible, como es en ese sentido que se establecen gran parte de las críticas a la estructura normativa y de interpretación de los principios. El tema, de gran relevancia, será objeto de tratamiento más detallado en el capítulo siguiente, dedicado a la estructura normativa del constitucionalismo.

jurídica o, si es el caso, por el propio órgano político en caso de que sea constitucionalmente compatible. Solamente así parece posible preservar no sólo las competencias constitucionales, sino la posición de supremacía de la constitución. Someter la constitución a cualquier norma, incluso que sea la “justicia” o la “moral”, implica inexorablemente la “muerte de la constitución”, tal como ha sido sostenido por GARCÍA AMADO.³⁹²

Se encuentra exactamente en esta línea el otro riesgo apuntado por la crítica al “activismo judicial”. El riesgo de presuponer que la decisión judicial sea capaz de conjugar la racionalidad y la justicia que la ley no fue capaz de proporcionar cuando a ésta también se atribuían estas características.³⁹³ Tal como ya se ha mencionado, el riesgo que hay que evitar es el de cometer el mismo error ya cometido cuando se produjo la sustitución del Estado absoluto por el Estado legislativo, constituyendo un Estado judicial, en el que hay una clara supremacía del poder judicial.

En lo que se refiere al argumento moral, ese intento de recuperación de una “conexión necesaria entre el derecho y la moral” –algo que había sido abandonado desde el surgimiento del positivismo y el “fin” del iusnaturalismo–, puede ser encontrado en muchas de las ideas de importantes autores constitucionalistas que concentran gran parte de su concepto de derecho como algo dependiente de la moral y de la interpretación.³⁹⁴ El problema de tales teorías que asocian el derecho a la moral es que amplían demasiado el ámbito de la decisión judicial, reduciendo su condicionamiento a límites provenientes de otros poderes casi a cero, lo que impide que sea ejercido un control de ese poder. La falta de control, como ya tratado, es igual a soberanía y supremacía de un poder sobre el otro. Ese casi que monopolio de interpretación de la constitución en el poder judicial defendida por el “decisionismo” acaba proponiendo, en consecuencia, la transferencia de la

³⁹² Según el autor: “No cabe duda de que las constituciones por el hecho de otorgar y garantizar derechos no se someten a la libre voluntad de los titulares de los mismo, pues esto sería tanto como entender que proponen su autodisolución en aras de la absolutización de los derechos frente a la propia Constitución que los confiere. En ese sentido, toda Constitución, y no sólo la que invoca principios de justicia, como parece entender Zagrebelsky, estaría «por encima de las voluntades individuales y de la voluntad de la mayoría». Si la mayoría se impone frente a los derechos reconocidos por la propia Constitución, ésta habrá muerto, ya sea por la vía de la reforma – o por vía de hecho. Ningún reconocimiento de derechos equivale a la consagración del imperio de un derecho de la libre voluntad, incluso frente a los derechos constitucionalmente reconocidos.” (GARCÍA AMADO, “?Ductibilidad del derecho o exaltación del juez?”, p. 82).

³⁹³ Sobre esto, vid el punto específico que trata de los proceso de ascensión y crisis de la ley.

³⁹⁴ Tanto las ideas de esos autores como un detallado análisis de los problemas de la influencia de la moral en el concepto de derecho fueron ya objeto de análisis cuando tratamos del concepto de derecho y de la compatibilidad entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo.

supremacía de la constitución para la supremacía del poder judicial (en los ordenamientos que adoptan el control difuso). Conforme apunta Ingborg MAUS:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.³⁹⁵ [...]

Esses dois conceitos emancipatórios (controle da legalidade e processo político de criação normativa) são postos radicalmente em questão por meio da ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. A mencionada introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só a arma com maior grau de legitimação, imunizando assim suas decisões contra qualquer crítica, mas também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular.³⁹⁶

Como se ha tratado en el capítulo anterior, pensamos que los principios que se remiten a la moral o a la justicia tienen su significado condicionado a la interpretación que les sean atribuidas por las autoridades con competencia para interpretar la constitución, o sea, los jueces o tribunales. Sin embargo, conforme observa GARCÍA AMADO, si los principios y normas relacionadas con la justicia no poseen sentido determinado antes de su interpretación, ¿por qué debe prevalecer la visión del intérprete sobre la del legislador? La respuesta parece estar en el hecho de que así ocurre porque de esa manera fueron establecidas “las reglas del juego”, o sea, es éste el procedimiento constitucionalmente determinado. De ninguna manera, porque así imponen razones de justicia o morales.³⁹⁷

El problema de esa dominación de la justicia por parte del poder judicial no crea problemas solamente en lo que se refiere a la separación y al equilibrio entre los poderes. Trae serios riesgos también a la autonomía privada, una vez que,

³⁹⁵ MAUS, Ingborg. “O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã””, in *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco*, n. 11, Recife, 2000, p. 129.

³⁹⁶ Idem, p. 134.

³⁹⁷ En el original: “[...] tendremos que tales principios de justicia no serán más que aquello que de ellos haga el controlador – el juez o tribunal – de turno. Si los principios no son nada antes de su concreción, la pregunta que surge es por qué ha de predominar su concreción en la mente del juez frente a su concreción en la obra y los propósitos del legislador. ¿Queremos decir con esto que la alternativa es hacer el legislador incontrolable frente a cualquier instancia judicial? No; simplemente que ese control – que según la concreta articulación de cada ordenamiento realizarán los jueces ordinarios, la corte constitucional o ambos – habrá de hacerse en nombre de la protección de los derechos y procedimientos constitucionalmente establecidos – las reglas del juego –, no en nombre de la justicia o sus equivalentes de principio.” (GARCIA AMADO, J.A., “¿Ductibilidad del derecho o exaltación del juez?”, cit., p. 82-83).

interpretando términos de contenido abierto, tales como “dignidad”, “mala-fe”, “conducta indebida”, se permite la regulación de los más distintos campos, *a posteriori*, bajo el argumento de que la solución siempre estuviera prevista constitucionalmente. De esta forma, al mismo tiempo que se agranda el ámbito de regulación y se disminuye la convicción sobre la aplicabilidad de las leyes existentes al caso concreto, se hace cada vez más difícil a los abogados, por ejemplo, garantizar la certeza a sus clientes sobre las posibilidades de éxito o fracaso de una demanda.

De la misma manera, en el ámbito de las políticas públicas, no son pocos los casos en que juicios de constitucionalidad acaban por trasladar el ámbito de control de la legalidad de los hechos de la administración pública e ingresar en la producción de mandamientos de hacer o dar, sin que se considere siquiera los medios para la ejecución de tales acciones, o todavía más grave, sin que se consideren las propias limitaciones legales (y constitucionales) a las que está sujeto el administrador. Tales posturas, no hacen más que revelar la posición de supremacía en la que se pone el juzgador con relación a los demás poderes en una considerable gama de casos. Conforme la crítica de Ingborg MAUS, tal postura de activismo judicial, asociada a una doctrina que cada vez más relaciona el pronunciamiento judicial a una revelación de justicia, acaba por desencadenar un proceso de dependencia e “infantilismo”, “quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional uma retificação de sua própria postura frente às questões que envolvem a cidadania”.³⁹⁸ En ese contexto, asume el propio juzgador la condición de representante de los valores del pueblo soberano, desconsiderando una de las principales críticas que sufre el constitucionalismo, la de que no está legitimado para tal cometido a partir de la voluntad del pueblo, sino de la constitución.

La inclusión de criterios morales en el derecho y la creencia –a nuestro entender equivocada– de que el juzgador teóricamente imparcial³⁹⁹ es capaz de revelar tales criterios, expone el derecho al serio riesgo de la incorporación de criterios supra-legales (como defiende DWORKIN). Si está permitida la utilización de criterios supra-legales, se concluye lógicamente que el encargado de revelarlo, el

³⁹⁸ MAUS, Ingborg. “O judiciário.....”, cit., p. 135.

³⁹⁹ Decimos “teóricamente” porque su imparcialidad se supone cuando está juzgando conflictos privados de intereses de otro. En el momento en que se judicializan cuestiones políticas como opciones por un Estado más liberal o social, es evidente la presencia de creencias particulares del juez que muy probablemente influyeron en su juzgamiento del caso concreto.

intérprete, se pone en una posición también supra-legal y, aunque tenga su autoridad constituida por la constitución y por la ley, se pone por encima de estas, constituyendo ejemplo claro de criatura que devora al creador. Este peligro traído por las teorías que defienden una conexión necesaria entre derecho y moral, desvela claramente el conflicto de esa doctrina con la propia idea de supremacía de la constitución que caracteriza al constitucionalismo.⁴⁰⁰

Debe ser considerado que, en muchos casos, los jueces no tienen cómo escapar de emitir una decisión política, lo que ocurre siempre que deben decidir sobre la juridicidad de una decisión política.⁴⁰¹ Pero, validar una decisión política jurídicamente es algo diverso de validar políticamente una decisión política. En ese segundo caso, donde el juzgador no posee legitimación popular para hacerlo, causa una tal desconsideración de la decisión política tomada por el legislador, que este control deja de configurar un Estado democrático, para asemejarse más a un Estado aristocrático.⁴⁰²

La verdad es que no nos parece que exista una fórmula que pueda resolver el problema de hasta cuándo el juez puede o debe inmiscuirse en cuestiones políticas en nombre de la realización e interpretación de la constitución. En muchos de los casos, éste puede incluso creer sinceramente que, en razón del gran número de significaciones que caben dentro de un principio o un juicio de ponderación, está

⁴⁰⁰ Conforme MAUS, citando precedentes del Tribunal Constitucional Alemán: "Deste modo, a Constituição vigente passa a ser objeto de controle de sua própria constitucionalidade, ou pelo menos objeto de uma interpretação "devidamente constitucional": "Que uma determinação constitucional seja nula, não se é de excluir pelo fato mesmo de ela ser parte da Constituição. Existem fundamentos constitucionais que são basilares e como tais expressão de um Ddireito anterior à Constituição, de modo que vinculam o próprio legislador constitucional, podendo tomar nulos outros dispositivos constitucionais, que contra si atendem e não participem da mesma hierarquia." Assim, a "competência" do Tribunal Constitucional – como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano a ela. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal tem desenvolvido em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer "competência" constitucional." (MAUS, I., idem., p. 137).

⁴⁰¹ "Dunque un giudice che segua la concezione dei diritti non deve decidere un caso difficile facendo appello ad un qualsiasi principio che sia incompatibile con il codice che egli deve applicare. Ma egli deve pur sempre decidere molti casi su basi politiche, perché in questi casi vi sono principi morali rilevanti che, pur contrastando tra loro, sono, tutti, compatibili con il codice. Due giudici decideranno un caso dubbio cosiffatto in modi differenti, qualora essi abbiano opinioni diverse intorno ai diritti morali preesistenti dei cittadini." (DWORKIN, Ronald. "Giudici e politica nell'esperienza di common law", in *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*, org. Mario BESSONE e Ricardo GUASTINI, Milano: CEDAM, 1995, p. 85).

⁴⁰² Sobre este punto DWORKIN sostiene que "Ovviamente, un giudice che fondi la sua decisione su ragioni politiche non decide sulla base di una politica di partito. Ad esempio, egli non decide in favore della interpretazione perseguita dai sindacati perché egli è (o è stato) membro del Labour Party. Ma i principi nei quali egli crede, come ad esempio la credenza che l'egualianza sia un fine politico importante, possono essere caratteristici di certi partiti politici piuttosto che di altri." (DWORKIN, Ronald. "Giudici e politica nell'esperienza di common law", cit., p. 72). En nuestra opinión, sostener tal opinión parece ser tan peligroso a la democracia como sostener la posibilidad del juez utilizarse de criterios metajurídicos, tal como la crítica hecha por MAUS al Tribunal Federal Alemán.

actuando correctamente dentro de sus competencias constitucionales cuando, en realidad, su actuación implica en la imposición de una convicción política suya. Considerando el modo de ingreso de los jueces en el cargo, lo que ocurre en razón de su capacidad técnica, y no por sus convicciones políticas, es la neutralidad la que se exige para el acceso a la actividad judicial, no el activismo político. Para la toma de tales decisiones, existen otras funciones, siempre legitimadas por el voto popular, directamente o indirectamente, cuyas competencias son de cuño eminentemente político.

En nuestra opinión, lo que parece más importante en estos casos de duda, debe ser la consciencia sobre lo que representa, en un contexto constitucional, la función judicial y las funciones legislativa y ejecutiva, de forma que, al pasar del campo técnico al político, lo que a veces es inevitable, el intérprete reflexione no solamente sobre sus competencias, sino también sobre la necesidad de preservar y respetar las competencias de los demás poderes, todas constitucionalmente definidas. Actuando de esta forma, estará realizando lo que en la doctrina estadounidense se denomina “*self restraint*” o lo que BARAK llama “*institutional justiciability*”, y que nada más es que un juicio sobre competencias constitucionales.

En segundo lugar, conforme intentamos demostrar a lo largo del Capítulo I, esa nueva actuación del poder judicial en la construcción de la significación jurídica de conceptos abiertos y su inserción como importante fuente del derecho, implica en una mayor atención de los juzgadores a los precedentes y a la jerarquía de la función judicial. El gran margen de interpretación posible de los conceptos como “dignidad”, “buena-fe”, etc., permite que esas expresiones tengan su sentido definido prácticamente a partir de la interpretación, exigiendo del intérprete un rigor en el sentido del cumplimiento de la función epistémica del derecho, es decir, permitiendo que la conducta exigida por el derecho sea más fácilmente identificable. Tal como antes tratado, en el momento en que ni todas las normas se presentan como “listas” para identificación de su sentido, cabe a los órganos judiciales proporcionar una coherencia en la interpretación a partir del respeto al sentido atribuido a estos términos en otros juzgados, principalmente por las cortes más altas: los precedentes.

Tal actitud implica, por parte de los intérpretes –principalmente en el sistema difuso de control de constitucionalidad– en la consideración de la jerarquía entre los

órganos jurisdiccionales. Si tal hecho no se mostraba de gran importancia en un modelo sencillo de subsunción, en el que las soluciones ya estaban contenidas en la ley, lo mismo no vale para un sistema que consagra normas abiertas, principios, ponderación y control de constitucionalidad y que, por tanto, exige una coherencia entre las interpretaciones de estos términos utilizados tan ampliamente, incluso para alejar la aplicación de una ley. Esa jerarquía, hay que decir, en nada viola la “independencia funcional del magistrado” como se suele alegar, sino solamente refuerza el concepto de competencia, que está inexorablemente asociado a límites y jerarquía, algo que está muy bien trabajado, por ejemplo, en el derecho administrativo.

Así, ante la ausencia de una fórmula específica apta para solucionar esa constante tensión constitucional entre competencias –siempre con los ojos vueltos a lo que ocurrió en el pasado con relación a la tradición de desequilibrio entre los poderes-, es posible concluir que hoy se demanda del intérprete una nueva postura teniendo en cuenta sus nuevas competencias. Será, por tanto, en la atención a las competencias de órganos políticos, en el respeto a la ley como fuente primaria del derecho y en la observación de la jerarquía interna de los órganos judiciales para la atribución de sentido a los términos jurídicos, que se considera posible neutralizar las críticas con relación al “activismo judicial” o al “judicial como súper-poder”, evitando un desequilibrio entre los poderes, que es exactamente lo contrario de lo que plantea la idea constitucionalista.

CAPÍTULO III – CONSTITUCIONALISMO Y ESTRUCTURA DE LA NORMA

El eje de la consideración como legítimo del ejercicio de los poderes públicos reside hoy en que estos sean capaces de perseguir – y de lograr – objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos. El logro de este difícil equilibrio –que viene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo– dependerá, en buena medida, de que se desarrolle un teoría y una práctica de los principios jurídicos. (ATIENZA y MANERO, *Las piezas del Derecho.*, cit., p. 50)

En la nueva realidad del Estado social, donde las funciones estatales no se restringen solamente a las clásicas funciones de garantía y represión, pero importan en la asunción de funciones de arquitecto de un modelo social, de promoción de objetivos colectivos y de garantizador de seguridad social, se observa, también en el campo normativo un cambio estructural considerable de forma que permite dar cuenta de esos cambios.⁴⁰³

Antente este nuevo cuadro organizativo, cabe al derecho adaptarse en la tarea de regulación del poder, acometiendo el desafío de posibilitar el ejercicio de esas actividades promocionales por parte del Estado y, al mismo tiempo, garantizar el respeto a los derechos individuales. En ese nuevo escenario, hay un innegablemente un crecimiento del ámbito de actuación estatal, que cada vez ingresa más en campos reservados a la autonomía privada. Luego, al mismo tiempo que el derecho posibilita ese ingreso, debe tratar de regularlo. En esa difícil empresa, la estructura tradicional de la norma jurídica parece no atender todas las necesidades que se le presentan al derecho. Como observa PRIETO, es cierto que en el derecho actual, muchas dudas se colocan sobre algunas normas aparentemente consideradas principios y que a veces actúan como reglas, otras veces, de normas que aparentan reglas y que aparecen como principio. “En cualquier caso, parece evidente que la estructura tradicional de la norma jurídica, donde un supuesto de hecho mejor o peor determinado se enlaza mediante el nexo

⁴⁰³ En palabras de Gustavo ZAGREBELSKY: “La superación del Estado de derecho legislativo lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Se puede decir, en general, que las dos <separaciones> de la ley de las que hasta aquí se ha hablado – la separación de los derechos y la separación de la justicia – han dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, en el Estado constitucional, debe ser valorado mucho más de cuanto lo haya sido con anterioridad.” (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 109)

deóntico a una consecuencia jurídica también clara, resulta inadecuada para dar cuenta de buena parte de las normas constitucionales.”⁴⁰⁴

Ante esta crisis de la noción tradicional de norma jurídica limitada a la estructura de la norma, el derecho se vuelve a la consideración del criterio normativo de los principios, antes considerados como meras normas políticas dirigidas al legislador. Tal estructura de norma, en razón de características peculiares como la maleabilidad, que permite la inclusión de pautas políticas y valorativas en la decisión judicial, o genericidad, la cual permite alcanzar un ámbito regulativo más amplio, sin la necesidad de previsión pormenorizada del supuesto de hecho, acaba por presentarse como adecuada para el control jurídico del poder que se le demanda al derecho ante un modelo intervencionista como el del Estado social. Esa apertura y diversidad de aplicación, destaca la importancia del intérprete, que ya no está ligado a una estructura demasiado rígida de interpretación como propuesta en el método subsuntivo. Se puede decir, incluso, que el crecimiento de la importancia de los principios en el escenario jurídico es directamente proporcional al aumento de la llamada “judicialización del derecho”, siendo lo contrario también verdadero.

El triunfo indiscutible de los principios y su constante aplicación por los jueces y tribunales en las más distintas formas demanda una atención mayor del jurista, principalmente en la tarea de estudio de los derechos sociales, porque hacen más compleja la estructura normativa (que no descarta el modelo de reglas), generando importantes consecuencias, principalmente en lo que se refiere a la interpretación jurídica. Tal como apunta Luis PRIETO:

Tal vez los principios sean uno de los últimos y más vistosos artificios fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas. Y, quizá por ello los principios no gozan de la misma fama u opinión en todos los círculos jurídicos [...].

En la medida en que los principios ya no son considerados como mera retórica constitucional, sino normas jurídicas en sentido estricto, la idea de que la norma jurídica puede ser definida como un enunciado que conecta un supuesto de hecho a una consecuencia jurídica a través de un nexo deóntico, parece que debe

⁴⁰⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?. *Anuario de filosofía del derecho*, 1996, 13-14: p. 125-58, p. 132-33.

ser reformulada y actualizada. De la misma forma, se impone la necesidad de revisión de teorías de aplicación de las normas, principalmente aquellas que resuelven una eventual contradicción normativa con la pérdida de validez de una de las normas en conflicto, o en la conformación de una como excepción de la otra.

La cuestión que proyecta los principios al centro de la discusión normativa actual es la constatación de que, actualmente, ya no se presentan dudas sobre su carácter normativo. Si por un lado es verdadero el hecho de que muchas de las potencialidades normativas atribuidas a normas llamadas de principios son absolutamente discutibles y controversias, por otro es necesario admitir que su carácter normativo ya está consolidado por la posibilidad de aplicación directa de muchos principios, así como la presencia de eficacias diversas, tal como la eficacia negativa, que condiciona la acción del legislador al dispuesto en determinados principios, principalmente debido a su amplia utilización en el control de la constitucionalidad de las leyes. Por otro lado, los principios poseen amplia utilización como razón jurídica y argumentativa en los procesos de ponderación, principalmente en los casos en que encuentran como barrera un otro principio que les sea contrario.

3.1 CONCEPTUACIÓN AMPLIA SOBRE LOS PRINCIPIOS

Uno de los grandes problemas encontrados en el estudio de los principios se refiere a la absoluta ausencia de uniformidad semántica en el uso del término principio. Ni siempre lo que es principio para una parte o para un juez está considerado lo mismo para otro, de forma que no es raro encontrar confusiones generadas en razón de esa divergencia semántica. Basta con considerar, por ejemplo, la evolución del término “principio”, que en el constitucionalismo contemporáneo asume aspectos normativos muy distintos de los de un pasado no muy lejano, donde los principios eran considerados mero instrumento de retórica o, a lo máximo, normas complementares con la finalidad de rellenar huecos eventualmente existentes en el ordenamiento positivado.

Incluso hoy en día, no es difícil encontrar afirmaciones en el sentido de la identificación del término principio considerado como “norma axiológicamente fundamental”, tal como el caso de la justicia o de la libertad, utilizado para designar

normas más generales, aplicadas a sectores amplios más específicos del ordenamiento, tal como lo son los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena-fe al derecho civil; asociado a normas que identifican conductas del Estado, tales como el principio de la supremacía del Poder Público sobre lo particular, para designar normas relacionadas con proceso interpretativo, tal como el principio de la accesoriadad. Por fin, se utiliza el mismo término para designar normas de estructura y función absolutamente distintas.

Por otro lado, incluso si consideramos un sentido más actual o específico del término “principio”, no es difícil encontrar algunas divergencias semánticas. Es innegable, por ejemplo, que este proceso de inclusión de los principios en el centro de las discusiones jurídicas se debe, en gran parte, a la obra de Ronald DWORKIN. Pues aunque consideremos la idea de DWORKIN sobre los principios, no es posible encontrarse con una unidad de significado en el medio jurídico, porque el sentido atribuido a la expresión por DWORKIN no puede ser aceptado por un positivista más clásico (para no decir todo y cualquier positivista). De esa forma, un primero punto para un estudio más profundizado sobre los principios debe pasar, inexorablemente, por un esclarecimiento sobre el sentido que se atribuye a tal término. Si es cierto que esto no resuelve el problema del uso indistinto del término para reproducir una gama amplia y diversa de normas o conceptos, al menos posibilita aislar el tipo de norma que será considerada como “principio” para los fines a los que se propone este estudio.

3.1.1 Ampliación del derecho a partir de los principios

Otra cuestión importante referente a los principios consiste en el ensanchamiento del ámbito de alcance del derecho que está posibilitado a partir de su estructura normativa. Esta ampliación puede ocurrir bajo dos perspectivas distintas. La primera de ellas se refiere al número de materias que pueden ser reguladas por el derecho, reduciendo prácticamente a cero los campos antes restrictos a la autonomía privada. Por el hecho de que prescinden de un supuesto de hecho cerrado, que determinaba las situaciones restrictas que eran pasibles de juzgamiento por los jueces, los principios amplían el alcance del poder jurisdiccional

a las más diversas áreas. En cierta manera, ese nuevo arreglo de las fuentes del derecho, que no más está restringido al sistema cerrado y rígido de reglas, mitiga -si no termina -, con la máxima de legalidad que imperaba en el Estado liberal, cual sea la de que al particular le está permitido hacer todo aquello que no le sea vedado por la ley. Se unas de las funciones primeras de las estructuras normativas denominadas principios era la de rellenar huecos presentes en el ordenamiento, un sistema jurídico que encuentra constituciones normativas donde abundan principios evidentemente ha reducido casi en su totalidad los campos inmunes a la regulación jurídica. Hasta tal punto que, autores como BARAK llegan a afirmar “nada está fuera del control jurisdiccional”, o ALEXY, en el sentido de que, con la interferencia de los principios, “ningún caso concreto puede ser considerado un caso fácil”.

Bajo una segunda perspectiva, los términos abiertos presentes en los principios, en el momento en que agrandan sensiblemente la necesidad de una construcción de sentido jurídico por parte de los operadores jurídicos, permite que, dentro de un mismo enunciado, se pueda incluir una gama amplísima de consideraciones morales, decisiones atribuyendo consecuencias jurídicas a un enunciado que no lo prevé, opiniones políticas, “elucubraciones cerebrinas”, disparates, absurdos, brillantes raciocinios, por fin, todo aquello que sea permitido por la ausencia de límites lingüísticos claros. La diferencia de las reglas, que también necesitaban de la atribución de sentido jurídico en términos más vagos presentes en algunos enunciados⁴⁰⁵ se puede decir con relación a los principios, que esta es una de sus características principales: la de permitir una amplia posibilidad de variación semántica.

3.1.2 Principios y política

Directamente relacionado con la posibilidad de ampliación de las materias posibles de conocimiento judicial a través de la ampliación del campo de juridicización a partir de los principios, se obtiene como consecuencia inexorable de la presencia de los principios en los ordenamientos una restricción cada vez mayor a

⁴⁰⁵ Aquí consideremos el célebre ejemplo de H.L.A. HART, sobre el sentido del término “vehículo”, en la regla que vedaba la entrada de vehículos en el parque.

la actividad política. En el momento en el que, como afirmó BARAK, todo es jurídico y, por lo tanto, jurisdiccionalmente controlable, cada vez más entra en discusión el fenómeno de la “judicialización de la política” o “politización del derecho”. Tal como se visto en el capítulo anterior, si en el Estado liberal las fuentes del derecho estaban totalmente concentradas en la ley y por eso, dependientes de la actividad política, en el Estado constitucional es la política la que está condicionada por el derecho. Más grave aún, el gran número de posibilidades que se abren al control jurisdiccional en razón de la apertura de los enunciados de los principios les permiten a los jueces, cada vez más, ocuparse de asuntos políticos o emitir juicios que innegablemente empeoran la situación en la grisácea frontera entre actividad jurídica y política. En palabras de ATIENZA y MANERO:

[...] dadas las peculiaridades de los principios frente a las reglas, aquellos otorgan a los órganos de aplicación del Derecho un poder (una capacidad de afectar – positiva y negativamente – los intereses de los súbditos) muy superior al de las reglas. Por esto, la importancia creciente de los principios en los ordenamientos jurídicos – como se ha observado muchas veces – corre paralela a la progresiva judicialización del Derecho.⁴⁰⁶

En razón de la ausencia de reglas claras sobre los límites de actuación judicial y ante un momento de “transición de estructuras normativas” –de un modelo sencillo de reglas del Estado liberal a un modelo de reglas y principios del Estado constitucional -, se observa, todavía, una clara disputa ideológica trabada en la doctrina y en la jurisprudencia con relación a las posibilidades de los principios. Es perceptible actualmente la existencia de una clara disputa entre corrientes jurídico-filosóficas que defienden un determinado papel a los principios como guías de conducta de toda la actividad política, jurídica, administrativa y privada, de forma que, por consecuencia, no existan más materias externas al derecho.

Por otro lado, están los que adoptan postura más restringida con respecto a las posibilidades de los principios, preocupados en defender la función epistémica del derecho, considerablemente afectada por los principios. En este punto, más que un problema relevante relacionado con la utilización amplia de los principios en el ordenamiento, es la posibilidad de causar serios problemas de identificación de conductas debidas a que –sumado a la regulación de actividades antes no

⁴⁰⁶ ATIENZA y MANERO, *Las piezas del derecho*, cit., p. 42.

alcanzadas por la decisión judicial, como la política y algunos ámbitos de la autonomía privada— influyen decisivamente en las discusiones sobre las posibilidades de utilización de los principios jurídicos. En concreto, por tanto, tenemos el hecho de que existe en la doctrina (y en cierta manera en sectores de la jurisprudencia), un movimiento consistente que defiende la judilización de la política, fundamentada en sólidos argumentos políticos de rescatar una “racionalidad gubernativa” perdida y con el fin de controlar, en la expresión de Luis PRIETO, un “Gobierno y un Parlamento desbocados”⁴⁰⁷.

3.1.3 Principios y su relación con la moral

Todavía dentro de esa interesante disputa teórica, tenemos con relación a la teoría jurídica —materia ya objeto de estudio en el capítulo primero— la defensa de la tesis de que los principios poseen fuerte relación con contenidos morales, de modo que traerían para el derecho una conexión necesaria con una presunta moral supra-jurídica. Tal doctrina, ya un poco dissociada del iusnaturalismo, pero que recupera la fuerza a través de las importantes críticas hechas por Ronald DWORKIN al positivismo jurídico, acaba por sostener una fuerte confianza en la capacidad del intérprete-juez de captar esa justicia inmanente, que circunda las normas del ordenamiento jurídico, y traerlas para la decisión judicial, aplicando siempre la decisión más acertada a cada caso concreto. Dentro de esa discusión, donde la presencia de una fuerza normativa por parte de los principios desempeña un papel central, se reproduce la interminable batalla entre los argumentos positivistas y no-positivistas sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral. Tal materia, la cual ya fue superada, al menos en ese estudio, en un punto específico, alumbra, todavía, la cuestión relativa a la posibilidad o no de la existencia de principios no-escritos o no-positivados, algo que entendemos pertinente en la definición de principios jurídicos y, por eso, será recuperada.

Así, es posible percibir el gran número de cuestiones que emergen cuando nos proponemos analizar, aunque mínimamente, los principios jurídicos. En verdad,

⁴⁰⁷ Ley, principios, derechos. cit. p. 47.

en este sencillo análisis normativo están representados prácticamente todos los puntos más importantes que distinguen el Estado liberal legislativo del Estado constitucional. Nuestro análisis, por lo tanto, partirá de un esclarecimiento sobre lo que representa el término “principio jurídico”, buscando identificar cual es la forma estructural y las características que identifican ese tipo de norma. Dentro de esa tarea, procuraremos seguir algunas de las principales clasificaciones sobre las especies de principios, de modo a poder aislar cada una de ellas a partir de sus características principales. Tal procedimiento, nos parece indispensable para un análisis posterior de sus efectos jurídicos, así como para su aplicación por parte de los tribunales.

Por otro lado, serán objeto de investigación también los principales puntos generadores de polémica antes descritos, principalmente el que se refiere a la interpretación de contenidos abiertos y el puente que se identifica en los principios con respecto a la conexión entre el derecho y la moral. Siguiendo la línea adoptada desde el comienzo de esta investigación, buscaremos separar claramente los hechos sedimentados y las transformaciones concretas sufridas por la práctica jurídica – el derecho que “es”-, de las opiniones políticas y meramente doctrinarias con respecto a cómo deben portarse ordenamiento y operadores jurídicos –el derecho que “debería ser”-, repitiendo siempre nuestra intención de considerar como fuente de referencia a nuestras afirmaciones solamente la segunda, aunque siempre destacando la relevancia e importancia de las consideraciones propositivas sobre el derecho.

El objetivo de este análisis sobre los principios será, por tanto, el de servir como referente a la práctica jurídica de la que nos ocuparemos enseguida, con la finalidad de analizar si ésta mantiene una coherencia en el trato con ese complejo tipo de normas, así como en el análisis crítico sobre la función ejercida sobre los principios y su interacción con las reglas. Sobre este último tema, de acuerdo con importantes trabajos doctrinales que ponen en duda la existencia efectiva de una distinción entre reglas y principios, ya que ambos han consagrado su carácter normativo, procuraremos trabajar sobre los principales puntos que distinguen o no las reglas de los principios. También es uno de nuestros objetivos principales establecer si eventuales diferencias encontradas entre estos tipos de norma son, efectivamente, relevantes para su proceso de interpretación.

Finalmente, partiendo de las construcciones sacadas con relación con el punto precedente, es nuestro interés revisar algunos de los puntos principales relativos a la teoría de la interpretación, principalmente para recuperar puntos importantes del proceso de ponderación e invalidación de normas jurídicas confrontantes, así como para tratar de los procesos de construcción de sentido jurídico y aplicabilidad directa de los principios, puntos considerados imprescindibles para el análisis concreto sobre las posibilidades de los derechos sociales prestacionales. En ese punto final, rogamos *venia* en razón de una incoherencia inevitable. Aunque sea posible la descripción de un modelo de interpretación identificado solamente en la práctica jurídica, el propio objeto de la teoría de la interpretación se desvincula en su esencia del método analítico. El objeto de la construcción de una teoría de la interpretación es exactamente el de proporcionar un mejor criterio de interpretación a partir de la identificación de las características y funciones de las normas y enunciados existentes en determinado ordenamiento jurídico. El compromiso de una teoría de la interpretación, nos parece, es con la lógica, con la racionalidad, y no con hechos concretos. Así, cuando vayamos a tratar de esa materia, lo haremos en términos menos descriptivos en relación a la postura adoptada hasta ahora.

3.2 DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS

3.2.1 Utilizaciones del término principio: necesidad de ciencia de los diversos significados reunidos bajo el mismo signo

Es común encontrar en la doctrina una utilización amplia del término “principio”, designando una serie de fenómenos considerablemente diversos observados en la práctica judicial. Si consideramos, por ejemplo, la célebre noción de principio formulada por R. DWORKIN, no podemos afirmar que éste está refiriéndose al mismo “principio” del que trata un positivista más clásico. Además, la noción de principios como norma defendida por el constitucionalismo

contemporáneo es algo distinto de los conocidos “principios generales de derecho” consagrados por los códigos, expresión máxima del positivismo moderno.

Uno de los grandes problemas con que nos encontramos en el estudio de los principios consiste en la ausencia de una definición terminológica clara al término. Diferentemente del ocurrido cuando estudiamos el constitucionalismo, donde el mismo fenómeno recibe de la doctrina una diversidad de términos distintos para su definición, en el caso de los principios ocurre exactamente lo contrario. Un sinnúmero de tipos normativos están reunidos en diversas obras bajo la denominación “principio”, de manera que es siempre el primer punto de cualquier estudio sobre los principios, una mención sobre el sentido empleado al término, algo absolutamente indispensable para la delimitación del objeto de estudio, que ya no se resuelve con la simple invocación del término *principio*.

Partiendo de ese punto, es posible verificar que muchas de las polémicas envolviendo los principios jurídicos están relacionadas con una comprensión distinta sobre los varios sentidos del término, pudiendo ser resueltas, por tanto, a partir de un simple acuerdo semántico. También, la propia aceptación de teorías referentes a un concepto “x” de principio y su aplicación a un otro concepto “y” puede, en muchos casos, causar incoherencias y rechazos a proposiciones que serían técnicamente aceptables. Quiriendo evitar tales confusiones, nos proponemos en este punto a presentar algunos de las significaciones principales atribuidas por la doctrina e jurisprudencia al término principio, así como a explicitar claramente el sentido considerado por este estudio, el que tiene el objetivo principal de verificar características normativas de los principios jurídicos.⁴⁰⁸

Así, considerando los usos principales para el término, son muchos los sentidos identificados en la doctrina para la expresión “principios jurídicos”. Algunos de ellos, de evidente carácter normativo y que consideran el empleo del término a partir de una perspectiva analítica. Otros, incluso, que son resultado de consideraciones doctrinarias sobre como el derecho “debería ser”, o sea, con fuerte carga político-doctrinaria. Tal perspectiva, rechazada en la primera parte de este

⁴⁰⁸ Conforme L. PRIETO: “Ante una gama tan amplia de significados y sirviendo a tan diversos objetivos, creo que lo más saludable es prescindir del nombre y atender a las cosas en cada caso pretenden designarse, es decir, atender a los significados que realmente resultan relevantes y que, incluso a veces, pueden no aparecer bajo la denominación de principios. Por eso, las frecuentes polémicas acerca de los principios pueden en ocasiones ser engañosas, ya que en realidad se discute sobre cosas distintas.” (PRIETO SANCHÍS, Luis. “Diez argumentos a propósito de los principios”, in Ley, principios, derechos., Madrid: Dykinson, 1998, p. 49).

estudio que tenía como objeto la teoría del derecho, puede ser, sin problemas, propuesta cuando ingresamos en la teoría de la interpretación, que posee un comprometimiento mucho más fuerte con la lógica que propiamente con una perspectiva analítica. Claro que, en este análisis siempre intentaremos mantener la coherencia entre las afirmaciones y la práctica jurídica, aunque de forma secundaria.

Como punto de partida, utilizamos la relación establecida por Luis PRIETO en cuanto a las principales significaciones atribuidas al signo “principios” en la doctrina. Según el profesor de la Universidad de Castilla y la Mancha, son constantemente definidas como principios: a) normas axiológicamente fundamentales, tales como la justicia o la libertad, las que generalmente se sitúan en los primeros artículos de las constituciones; b) normas más generales o que poseen aplicación a amplios sectores del ordenamiento, tal como ocurre con la autonomía de la voluntad para el derecho civil o la culpabilidad para el derecho penal; c) normas que identifican fines de la actuación estatal, tales como objetivos que serán alcanzados por acciones promocionales del Estado, como el bienestar social o el pleno empleo; d) normas más vagas con relación a su supuesto fáctico, o sea, que porque no describen una situación cerrada de aplicación permiten su aplicación en un gran número de casos, tal como ocurre, por ejemplo, con la igualdad; e) normas que traen tópicos interpretativos, tal y como ocurre con la norma que dispone que el accesorio le sigue siempre al principal, y que acaba conocida por principio de la accesoriedad.⁴⁰⁹

En la misma línea, pero con un elenco algo diverso, ATIENZA y MANERO también presentan un número considerable de utilizaciones del término principio. Según los autores, son utilizaciones habituales del término principio: a) principios como norma dotada de gran generalidad. Aquí la generalidad no está dada por el número de destinatarios o relaciones que alcanza, sino por una regulación con mayor genericidad de las situaciones a las que se refiere; b) principios como normas que contienen términos particularmente vagos. Por ejemplo, un enunciado que dispusiera que “la ley no ampara al abuso de derecho o al ejercicio antisocial del

⁴⁰⁹ Idem, p. 49. Tal como escribe Aulius AARNIO: “Algunos principios para la toma de decisiones han sido expresados en el derecho; en Finlandia tenemos los ejemplos de *audiatur et altera pars* y *praeter legem*. A su vez, la prohibición del uso de la analogía en el derecho penal es un ejemplo de un principio no específicamente consignado en el derecho finlandés. Los principios de este último tipo tampoco se derivan, generalmente, de las disposiciones jurídicas vigentes. Son aceptados tácitamente por la comunidad jurídica y, en este sentido cultural, han sido institucionalizados en la tradición jurídica de Occidente. Como tales, de algún modo, se hallan a un cierto nivel del propio sistema jurídico, por encima de las reglas, y desde allí justifican la discrecionalidad judicial.” (Aulius AARNIO “Las reglas en serio” in *Normatividad del Derecho*. Barcelona: GEDISA, 1997, p. 17-35, p. 22).

mismo” (art. 7, ap. 2, do CC Español). En ese caso, la norma estructuralmente está clara. La vaguedad está en los términos constantes de la norma (conocidos como “conceptos jurídicos indeterminados”), que exigirán del intérprete la atribución-construcción de sentido jurídico a tales términos en el momento de la aplicación; c) principios como normas programáticas o directrices políticas, donde se establecen compromisos de persecución de determinados fines comunes. Como ejemplo tenemos el artículo 3º de la Constitución brasileña, que dispone que “constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil” “construir una sociedad libre, justa y solidaria”; d) principio como norma que expresa “valores superiores”, sea del ordenamiento jurídico como un todo o de un determinado sector o institución. Como ejemplo tenemos, en el artículo 1º de la Constitución brasileña, que destaca el “pluralismo político” como “fundamento” del Estado; e) principios como normas interpretativas, dirigidas a los intérpretes. Como ejemplo se tiene el art. 4, ap. 2, del CC Español, que dispone que “las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicación a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”; f) principios como *máximas jurídicas* generalmente invocadas por la doctrina y práctica jurídica en general como razones para decidir, es decir, como asertivas incuestionables que pertenecen al propio fundamento del derecho, ya que ha sido consagrado por los sistemas jurídicos como un todo o parcialmente considerado. Tales “principios” pueden estar presentes en los ordenamientos tanto de forma explícita como implícita. Así tendríamos la supremacía del interés público en el derecho administrativo, la buena-fe en el derecho civil, o la separación de poderes.⁴¹⁰

Sobre la materia, Luis María DÍEZ-PICAZO coloca que, en muchos casos, se atribuye la denominación “principio” a normas que, aunque posean clara estructura de reglas, disponen sobre contenidos fundamentales y, por tanto, poseen una carga axiológica lo suficientemente fuerte como para influir en la interpretación de todo el subsistema jurídico. Según el autor español, tales normas, por el hecho de que no poseen estructura de principios, sino de reglas (porque traen una respuesta

⁴¹⁰ ATIENZA e MANERO, *Las piezas del derecho*, cit., p. 25-26, mencionando las fuentes de CARRIÓ, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico (1970)*, en *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986, 3ª ed. e GUASTINI, R. *Dalle fonti alle norme*, Torino: Giappichelli, 1990.

inequívoca a la situación de hecho), no pueden ser consideradas principios.⁴¹¹ En sentido diametralmente contrario, Humberto ÁVILA entiende que es común que normas con fuerte carga axiológica funcionen frecuentemente como principios, una vez que esos valores siempre son tenidos en consideración en la aplicación de otras normas relacionadas. ÁVILA considera irrelevante la estructura presentada por el dispositivo de la norma, una vez que disocia el contenido de una norma de su dispositivo.

De entre las dos últimas posiciones, es posible observar que tienen en común el hecho de que reconocen una carga axiológica diferenciada a determinadas estructuras normativas. Divergen, sin embargo, al considerar definitivo en la consideración como principio de determinada norma su estructura normativa. Como veremos adelante, ÁVILA identifica el origen de la norma en la interpretación y, por tanto, niega el condicionamiento del contenido de esta al dispositivo (enunciado) que le da origen. Por otro lado, DÍEZ-PICAZO no concibe la posibilidad de la regla transformarse en principio, porque eso no está permitido por su estructura, o sea, por su dispositivo. De esta manera, la norma, y en consecuencia, la aplicación posible para ésta; estaría condicionada por la forma de positivado del dispositivo que la inserta en el mundo jurídico. Esas dos visiones distintas permiten percibir algunos de los motivos que repercuten en la divergencia semántica alrededor no sólo de los principios, sino del propio concepto de normas y de los criterios de identificación de los principios o de su diferenciación de las reglas.

Otro punto revelador de esa tensión es el relativo a la existencia o no de “principios generales de derecho”, los cuales actuarían como fuente anterior de interpretación, siendo superiores al propio ordenamiento jurídico. La invocación de tales principios remonta, en los sistemas del *civil law*, a un pasado no muy lejano donde el derecho positivado era considerado como única fuente de derecho. Tales principios generales eran invocados en casos donde la aplicación del método

⁴¹¹ Considera, aún el autor que “(...) cuando se dice que los derechos sociales suelen estar formulados como principios, no se hace referencia a su importancia fundamental para el ordenamiento jurídico, que, por definición, poseen – sino, como fue dicho, a su estructura. Así lo demuestra el hecho de que también los derechos formulados como reglas tienen una importancia axiológica fundamental y, sin embargo, no son principios en cuanto considerada su estructura.” [...] “En este mismo sentido tenemos el ejemplo de la CE cuando prevé el derecho a la tutela judicial efectiva la cual no es solamente un principio por la forma en la cual esta formulada (no tiene la definición del objeto y tampoco describe la conducta del sujeto pasivo de la obligación), pero también es un derecho prestacional a cuya satisfacción demandará todas las dificultades de las demás normas de derechos sociales.”(DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistemas de derechos fundamentales*, Madrid: Thompson Civitas, 2003, p. 46).

subsuntivo revelaba una extrema injusticia con relación al caso concreto, o donde la ausencia de regulación específica provocaba un abuso por una de las partes, ante la inexistencia de una norma reguladora. La discusión sobre el origen de tales principios, por tanto, era simplemente desconsiderada. Hoy en día, con la evolución concreta de la teoría del derecho en sentido de revelar el derecho como ciencia empírica, la apelación a criterios metafísicos anteriores al ordenamiento parece no más ser admisible, salvo si adoptada una posición iusnaturalista. Según destaca PRIETO, hoy en día los llamados “principios generales de derecho” deben ser considerados como derecho creado en sede interpretativa y, por tanto, derecho incluso dentro de los límites del ordenamiento.⁴¹² Nada más que eso.

Se puede decir, incluso, que la cuestión retoma importancia a partir de la doctrina de DWORKIN, de influencia decisiva en lo que se refiere al estudio de los principios, el que proclama la existencia de “principios morales”, que serían de revelación obligatoria por el intérprete, siempre apto a buscar en esos principios la solución correcta y justa a ser aplicada al caso concreto. En razón de eso, tal como se ha tratado en el Capítulo I de esa investigación, es necesario considerar que esta proposición lleva a una diversa concepción sobre el derecho y que, adelante crea graves problemas sobre la identificación de lo jurídico, así como ocasiona serios problemas a la eficacia de los sistemas jurídicos.

De esa forma, preferimos reconocer la posibilidad de incorporación de principios no explícitos en el ordenamiento jurídico, pero que ingresan en el sistema a través de su aplicación por autoridades competentes. Sólo en este momento se vuelven principios jurídicos. A partir de lo que tratado hasta aquí, se niega, absolutamente, la consideración de que estos principios no escritos provengan de un origen metafísico anterior a los sistemas jurídicos. Por lo contrario, solamente a partir de su reconocimiento por el ordenamiento es que pueden ser considerados verdaderos principios jurídicos. En razón de eso, la advertencia en cuanto al cuidado que debe tener el jurista para separar claramente principios morales de los principios jurídicos. Considerarlos como sinónimos implica reconocer toda una teoría jurídica no positivista, que trae una serie de problemas al funcionamiento del sistema, así como abandonar definitivamente una postura analítica con respecto al derecho. Los principios serán, por tanto, aquellos reconocidos por el ordenamiento, sea a través

⁴¹² PRIETO SANCHÍS, Luis. “Diez argumentos a propósito de los principios”, cit., p. 50.

de un positivado por el legislador, sea a través de su incorporación a través de la práctica judicial consolidada.

Lo que parece ser común a todas las definiciones, y esto parece ser un avance ocurrido a partir del modelo constitucional, es el reconocimiento del carácter normativo de los principios. Los principios son, por tanto, normas. Lo que es objeto de divergencia son los factores que impone la diferenciación de los principios con relación a otro tipo de normas: las reglas. Considerando que tanto reglas como principios son normas jurídicas, ¿hay algún rasgo diferencial que permite una distinción clara entre reglas y principios? Según PRIETO, si reconocemos que ambos son normas, aquellos que sostienen que, en el derecho, esas clases de normas son sustancialmente distintas, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural o morfológica entre ambos, así como es posible identificar característica que estará presente cuando utilizamos la expresión *principio*, pero que no aparece cuando estamos delante de una regla.⁴¹³

3.2.2 Principios son normas

La superación de la resistencia sobre la consideración del carácter normativo de los principios parece haber ocurrido hace ya algún tiempo, constituyendo, guardadas algunas discusiones sobre su aplicación, materia unánime en la doctrina jurídica. Teniendo en la doctrina de DWORKIN y sus ataques al positivismo jurídico el gran divisor de aguas sobre el carácter normativo de los principios, adquiere destaque el carácter normativo de los principios, y no el meramente político, como caracterizado en algunas concepciones más antiguas.

Es posible, incluso, encontrar en la doctrina posiciones como las de ALCHOURÓN y BULYGIN (1974), donde, aunque es tímida la manifestación en

⁴¹³ "Quienes sostienen que, dentro del Derecho, existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural o morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios (al menos, que la usamos en cierto sentido) y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas. Si, por el contrario se sostiene que unos mismos enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios, pero que esa operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendrá su origen en el Derecho, sino en el razonamiento o, como prefiere decir Alexy, en el lado activo y no en el lado pasivo del Derecho; reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas." (PRIETO SANCHÍS, Luis. "Diez argumentos a propósito de los principios", cit., p. 51-52)

favor de la normatividad de los principios, representan bien la dualidad de posicionamientos establecida hace algún tiempo con relación a su carácter normativo. Según los autores argentinos, por “principios jurídicos” solamente podemos tener dos significados: o bien se trataría de normas no-coactivas (enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas sin establecer sanciones) y que tendrían en la redacción de la situación genérica un alto grado de generalidad o indeterminabilidad; o, de otro lado, constituirían enunciados que no ejercerían influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema, siendo consideradas meras normas políticas. En ese último caso, no tendrían siquiera relevancia jurídica.

Hoy, por tanto, parece posible afirmar tranquilamente la supremacía del primer sentido arriba apuntado sobre el segundo. Parece pacífico el entendimiento de que tanto reglas como principios constituyen especies normativas. Tanto reglas como principios tratan directamente de la regulación de conductas, una vez que importan en juicios concretos sobre deber ser, aunque lo hagan de forma considerablemente diferente. Los principios son, por tanto, normas jurídicas, por lo que, a pesar de algunas posiciones que entendemos ya superadas, tiene razón ALEXY cuando afirma que “la distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”.⁴¹⁴

Por otro lado, incluso delante de los posicionamientos más restrictos sobre el potencial de regulación de los principios directamente sobre situaciones individuales, no nos parece razonable poner en duda el carácter normativo y, por consecuencia, jurídico de los principios. A partir, por ejemplo, de una considerable evolución del control de constitucionalidad, una serie de efectos son innegablemente atribuidos a estas normas. Podríamos citar la eficacia negativa, en el sentido de invalidación de opciones políticas que les sean contrarias; el hecho de servir de argumento en favor de normas constitucionalmente inferiores, que encuentran realización en la propia fuerza jurídica y argumentativa para superar la resistencia de uno u otro principio contrario. No obstante, no es solamente esa dimensión aplicativa de los principios la que nos interesa en este momento, sino principalmente la fuerza de los principios como razones para toma de decisiones. En las palabras de ZAGREBELSKY:

⁴¹⁴ Conforme ALEXY, tanto las reglas como los principios son normas porque: a) ambos dicen lo que debe ser; b) ambos pueden ser formuladas con expresiones de mandatos: permisión o prohibición; c) ambos son razones para juicios concretos de deber ser, aunque razones de tipos muy diferentes.

Sin embargo, si consideramos seriamente la diferencia estructural entre los principios y las reglas, nos daremos cuenta de la imposibilidad de reducir el alcance de los primeros a una mera función accesoria de los segundos. Los principios – ya se ha dicho – no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una <toma de posición> conforme con su *ethos* en todas las no precisadas ni precedibles eventualidades concretas de la vida en que se puede plantear, precisamente, una < cuestión de principio >. Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad.⁴¹⁵

Así, para los fines de la presente investigación, nos interesan los principios como especies de normas regulativas, o sea, de los principios como normas impositivas de obligaciones, como normas reguladoras de conducta. Será, aún, objeto de especial atención, el caso de algunas normas permisivas y prohibitivas que, por el modo de formulación de sus enunciados, se muestran decisivas para aclarar algunas dudas sobre los criterios de diferenciación entre reglas y principios. Incluso, también la eficacia negativa de esas normas serán de gran valía, porque en esos casos presentan como condiciones de validez de otras normas jurídicas, lo que muchas veces es tratado por la doctrina con otras denominaciones.

3.2.3 Normas son el producto de la interpretación de los dispositivos

Nos parece fundamental para afrontar el estudio de los principios jurídicos y de toda la teoría de la interpretación que los circunda aclarar una distinción importante en la construcción de las teorías contemporáneas sobre los principios. Tal punto se refiere a la distinción entre *dispositivo*, así entendidos los textos donde son positivadas las normas, del concepto de *norma*, que constituiría algo diverso, y, de alguna forma, independiente del texto que la prevé, porque esta sería el resultado de la interpretación sobre el contenido del *dispositivo*. Conforme define Humberto ÁVILA, *normas* “no son textos tampoco el conjunto de ellos, pero las significaciones construidas a partir de la interpretación sistemática de textos normativos. De ahí que pueda afirmarse que los dispositivos se constituyen en el objeto de la interpretación y las normas en su resultado”.⁴¹⁶

⁴¹⁵ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 118.

⁴¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios*. São Paulo: Malheiros. 4ª ed. 2004. p. 22.

Tal diferenciación encuentra apoyo en la doctrina de Riccardo GUASTINI, quien presenta, para mejor comprensión del tema, la fórmula “*T significa S*”, donde se tiene T como el texto positivado, que llamaremos *dispositivo* y S como el enunciado normativo, el que sería el producto de la interpretación.⁴¹⁷ A partir de esa relación, es posible visualizar la posibilidad de liberación del contenido de la *norma* de su fuente, la que estaría en el dispositivo. Como ya tuvimos la oportunidad de tratar, si tal descripción sería objeto de fuerte rechazo por una teoría positivista ideológica que proponía criterios de interpretación dependientes de la intención del legislador, se ve que hoy tal concepción no le es extraña a lo sostenido por el positivismo, principalmente en lo que se refiere al papel importante desempeñado por la interpretación en la formación del derecho. Además, tal proposición adecua la teoría de la interpretación con el problema de la incoherencia de la explicación positivista clásica en el caso del enunciado normativo recibir del intérprete un concepto diverso de aquel literal, así como aproxima al derecho de sus características y problemas lingüísticos destacados por HART. De esta forma, en el presente estudio adoptamos la posición de GUASTINI en el sentido de considerar el dispositivo como un texto por interpretar y la norma como un texto ya interpretado.⁴¹⁸

Una vez admitida como punto de partida la diferenciación entre *dispositivo* y *norma* en los términos antes propuestos, tenemos como consecuencia la posibilidad de una alteración de la estructura regular de que a todo dispositivo corresponde una norma, así como a toda norma corresponde un dispositivo. Con la diferenciación entre *dispositivo* y *norma*, como *interpretando* e *interpretado*, tenemos una serie de consecuencias posibles. Para observar mejor la variada gama de posibles variaciones, GUASTINI propone las siguientes posibilidades.⁴¹⁹

- a) Disposición que exprime más de una norma: En ese caso, una sola disposición exprime más de una norma. Es el caso de artículos de construcción más compleja, tal como cita el ejemplo del art. 1417 del

⁴¹⁷ Conforme GUASTINI: “Nella formula «T» significa S», la variabile T sta per un testo del discorso delle fonti; la variabile S sta per il senso o significato ascritto a quel testo dall’interprete. Nella formula, la variabile T è posta tra virgolette per l’ovvia ragione che, entro l’enunciato-interpretivo, ossia entro il discorso dell’interprete, essa costituisce una citazione testuale del discorso delle fonti.” (GUASTINI, R. “Disposizione vs Norma”, in *Scienza e tecnica della legislazione*. Trieste: Università degli Studi di Trieste, 1988, p. 34).

⁴¹⁸ GUASTINI, R. “Disposizione vs. Norme”, p. 35. No original: “[...] si può anche dire così: la disposizione è (parte di) un testo ancora da *interpretare*; la norma è (parte di) un testo *interpretato*”.

⁴¹⁹ Las clasificaciones de GUASTINI se encuentran en *Il diritto come linguaggio*, Torino: Giappichelli, 2. ed., p. 29-34 y en “Disposizione vs. Norme”, cit., p.40-46.

- Código Civil Italiano, según el cual “La prueba testifical de la simulación es admisible, sin límites, si la demanda está propuesta por el acreedor o por tercero y, en cualquier momento, si esté direccionada a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, mismo si propuesta por las partes.” Esta disposición contiene, sin duda, una serie de normas: a.1) si la demanda está propuesta por el acreedor, entonces la prueba por testigo es admisible; a.2) si está propuesta por tercero, entonces es admisible la prueba testifical; a.3) si está propuesta por las partes, y si está direccionada a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, entonces será admisible la prueba testifical y; a.4) si la demanda está propuesta por las partes, y no está direccionada a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, entonces no es admisible la prueba testifical. En ese caso, un mismo dispositivo contiene “n” posibilidades de norma, lo que se resuelve en la fórmula “ $D = N1 + N2 + N3 + \dots + Nn$ ”.⁴²⁰
- b) Disposición ambigua: En ese caso, el dispositivo contendría en verdad sólo una norma, pero hay serias dudas sobre la norma que está generada a partir de ese, de modo que algunos significados son posibles. Distintamente de la primera, el intérprete encuentra sólo una significación, pero los significados encontrados por diferentes intérpretes, o por el mismo, son diversos y excluyentes. Se resuelve en la fórmula $D = N1?$ o $N2?$ o $N3?$
- c) Disposición sinónima: En ese caso, el ordenamiento jurídico contiene más de un dispositivo que, una vez interpretados, resultan en la misma norma. Sería el caso, por ejemplo, de un artículo de ley que está repetido en un reglamento. O un artículo de la Constitución Federal reproducido en una Constitución Estadual. Así, dos dispositivos diversos importan en sólo una norma. $D1 \rightarrow N \leftarrow D2$. Una otra posibilidad referente a expresiones sinónimas es el caso de dispositivos más extensos sean parcialmente coincidentes con otro, de manera que producen una misma norma. Sería el caso, por ejemplo, de $D1 = N1 + N2 + N3$ y $D2 = N3 + N4 + N5$.
- d) Disposición sin norma: Las normas tienen por característica estar orientadas a la producción de efectos jurídicos, determinando comandos,

⁴²⁰ Por “D” nos referimos a *dispositivo*, por “N” a *normas*.

prohibiciones, autorizaciones, competencias, etc. Por eso, hay casos en que la disposición no permite una interpretación que resulte en una norma. Según refiere ÁVILA, es el caso de la mención a la “*protección de Dios*” en el preámbulo de la Constitución Federal de Brasil. Así, $D \rightarrow ?$ ⁴²¹

- e) Norma privada de disposición: Finalmente, de acuerdo con lo que tratamos hasta ahora sobre las fuentes de derecho contemporáneas, la incorporación de una norma por el ordenamiento jurídico no exige una fuente textual, bastando una fuente oficial, mejor dicho, competente para hacerlo. De esa forma, no son pocos los casos en los que normas pueden ser creadas partiéndose de una práctica jurídica que: e.1) crea una norma a partir de una justificación sólo indirecta en otros dispositivos existentes, cuando su formulación sería de $D1 + D2 + D3 \rightarrow N$, o; e.2) cuando la norma está creada a partir de fuentes no jurídicas o no dispositivas, tal como ocurre en la incorporación de principios morales o en la consideración de principios generales de derecho. En ese caso: $? \rightarrow N$.

Aunque resulta extensa la clasificación de GUASTINI sobre las posibilidades de interacción entre *dispositivo* y *norma*, hemos querido reproducirla porque ésta es de gran importancia para la comprensión de nuestra presunta divergencia con relación a algunas posiciones encontradas en la doctrina. Aunque tal discordancia pueda parecer irrelevante, la entendemos de gran importancia como presuposición para determinar criterios de diferenciación entre reglas y principios, tarea de la que nos ocuparemos enseguida. En el caso, no hay una afirmación expresa en las consideraciones de A. ÁVILA o A. AARNIO sobre el tema, pero sus posiciones pueden ser comprendidas a partir de sus posiciones contrarias a una clasificación de reglas y principios a partir de su estructura normativa.

La cuestión que aquí nos parece importante discutir es en relación con la interpretación del dispositivo que dará origen a la norma. En nuestra opinión, esa interpretación constituye una operación inicial del proceso interpretativo consistente en transformar los *dispositivos* en *enunciados normativos*, de forma que pueda seleccionar la regla o las reglas aplicables al caso concreto y los principios que pueden venir a incidir sobre el caso. La transformación en ese caso, es la de un

⁴²¹ “Ogni norma inespressa è ricavata de una o più norme espresse mediante un ragionamento, nel quale, per l'appunto, le norme espresse costituiscono *premesse* e la norma inespressa costituisce *conclusione*.” (GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 31).

dispositivo abstracto en un enunciado normativo, también abstracto, sin que sufra la influencia de las circunstancias del caso concreto. Resulta, así, en un mero juicio del intérprete sobre el *significado* del texto normativo. En este sentido, GUASTINI compara la actividad del intérprete, en ese momento, a la actividad del traductor. Tanto el traductor como el intérprete (en esa fase) tienen como actividad “reformular el texto” del dispositivo, en el sentido de determinar a qué situación abstracta se está refiriendo, es decir, tal como el traductor traduciría el dispositivo de un idioma a otro, también el intérprete transforma el dispositivo en un enunciado normativo. En ninguno de los casos, dejan de ser *abstractos*. Conforme GUASTINI:

Risulta chiaro, da questo punto di vista, che la disposizione e la norma non sono entità eterogenee. Dai punto di vista ontologico – se posso usare questa parola inquietante – la disposizione e la norma sono entità omogenee: l’una e l’altra sono nulla più che enunciati. La disposizione (enunciato interpretato) è un enunciato del discorso delle fonti; la norma (enunciato interpretante) è un enunciato del discorso dell’interprete, che l’interprete ritiene sinonimo della disposizione e che pertanto può, suo avviso, essere sostituito alla disposizione senza perdita di significato. In altre parole: sarebbe errato pensare che la disposizione, in quanto frammento di lingua, sia un oggetto empirico, percepibile ai sensi, e che invece la norma, in quanto «significato», sia un enigmatico costruito mentale. Non vi è altro modo di formulare un significato se non mediante parole, e i significati non hanno una «esistenza» indipendente dalle parole con cui sono espressi.⁴²²

El fundamento de la distinción entre *disposición* y *norma*, nos parece, es el de evidenciar el carácter inestable de la comunicación lingüística, alejando el argumento utilizado hace algún tiempo en el derecho de que “no era esa la intención del legislador”. En el momento en que ingresa en el mundo jurídico, la interpretación de los textos le pertenece al intérprete (no más al legislador como destacado cuando analizamos la supremacía de la ley), de modo que la distinción entre *disposición* y *norma* sirve para evidenciar la posibilidad de ocurrir algún ruido entre esa comunicación, así como de que, ocurriendo, lo que valdrá será la “lectura” del intérprete. Lo que debe quedar bien claro, y esa parece ser nuestra divergencia con la doctrina de ÁVILA, es que esa lectura o traducción, consiste solamente en el modo como el intérprete entiende el dispositivo, no poseyendo ninguna relación con el sentido que a él le “gustaría atribuir al dispositivo” para el juicio de determinado caso. Puede ser que, para juzgar determinado caso de esa o de aquella forma,

⁴²² GUASTINI, R. “Disposizione vs. Norme”, cit., p. 36.

venga a hacer su construcción argumentativa utilizando este o aquel fundamento. Sin embargo, no es esa la significación de la distinción entre *dispositivo* y *norma*.⁴²³

En suma, pensamos que el hecho de que la norma no se confunda con su dispositivo, no significa que la norma –tras sufrir su proceso de primera interpretación– pierda su carácter abstracto, es decir, de hipótesis genérica. Luego, partiendo de esa hipótesis genérica se le hace posible al intérprete determinar si esta norma abstracta posee una *estructura* cerrada o abierta. La distinción dispositivo-norma se refiere, por tanto, a las posibilidades de una lectura distinta (siempre existente en cualquier especie de comunicación), pero nada tiene que ver con las dificultades que encontrará el intérprete en la subsunción de la hipótesis abstracta a las circunstancias del caso concreto. Y este parece ser un problema determinante en la construcción de muchas teorías sobre los principios, como será examinado más adelante.

3.2.4 Especies de normas

Antes del abordaje del tema relativo a los principios y a las reglas, deben ser hechas algunas consideraciones sobre el concepto de norma.

Algunos autores, tales como ATIENZA y MANERO, entienden que la polémica entre principios y reglas estaría restringida a un determinado tipo de normas, las cuales tendrían por objeto exclusivo la regulación de conductas, las que son conocidas por *normas regulativas*. Si se hace evidente que inicialmente se podría considerar que el ordenamiento jurídico está dominado por normas orientadoras de conducta de los sujetos de derecho, es también importante considerar que para la operatividad del sistema jurídico, así como por la complejidad asumida por estos,

⁴²³ La lectura de H. ÁVILA de la distinción elaborada por GUASTINI, nos parece demasiado ampliativa, porque incluye la argumentación jurídica utilizada por el intérprete en fase posterior de la aplicación de la norma, cual sea, en la fundamentación, algo que nos parece diverso de lo que propone GUASTINI. Aunque no sea explícito, parece deducible esa diferencia en los ejemplos que coloca al caso, *verbis*: “*Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa.*” (ÁVILA, H., *Teoria dos princípios*, cit., p. 22). Aunque sea absolutamente pertinente considerar que todos esos principios pueden ser encontrados como fundamentos axiológicos de la norma citada, nos parece improbable que una lectura de un dispositivo por el intérprete, o sea, su traducción, exprese inmediatamente todas esas diferentes normas.

otras especies de normas pueden ser encontradas, considerando que en estas la discusión entre principios y reglas no ocurre.⁴²⁴

La primera de esas especies de normas constituyen las *normas constitutivas*. Tal especie de normas constituyen la esencia de la perspectiva positivista sobre el derecho, siendo también conocidas por normas de competencia, reglas secundarias (HART, *power conferring rules*). Por normas constitutivas se incluyen también las normas calificativas (HERNÁNDEZ MARÍN), que serían aquellas que incluyen determinada situación en una clase jurídica, a partir de la identificación de determinada característica. Un ejemplo es la definición de “propietario”, de “mayor de edad”, de “plenamente capaz”, etc.⁴²⁵

Las normas de competencia, tal como afirmado, son esenciales para el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, así como para la propia identificación de lo que es jurídico y de lo que no lo es.⁴²⁶ Se puede decir que violar una norma de competencia es mucho más grave que la violación de una norma regulativa. Eso se da porque es exactamente a través de las normas de competencia como se identifica el ámbito normativo. La promulgación, por ejemplo, de una sentencia *contra legem* provoca innegablemente efectos jurídicos, aunque pueda venir a ser reformada. Incluso, si esa sentencia resuelva ocuparse de la declaración de guerra contra los Estados Unidos por la violación de derechos humanos en Irak, no habrá

⁴²⁴ De la misma opinión es Paolo COMANDUCCI: “Cabe agregar, sin embargo, que estas dos clases (principios y reglas) no son exhaustivos del conjunto de normas: a aquellas clases muchos teóricos añaden las normas constitutivas y/o las normas conceptuales y/o las definiciones y/o las normas de competencia y/o valores y/o directrices, etc.” (“Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, cit., p. 90).

⁴²⁵ ATIENZA y MANERO observan, aún, con respecto a las diferencias entre las normas constitutivas y las normas regulativas que: “Resumiendo lo esencial de nuestra visión de las normas de mandato, de las reglas que confieren poder, de las reglas puramente constitutivas y de las definiciones, desde la perspectiva de las razones para la acción, podría decirse lo siguiente. Las primeras, las normas de mandato, operan en el razonamiento práctico como imperativos categóricos, pues para quien acepta tales normas (por ejemplo, la que ordena al juez imponer tal pena en caso de asesinato), ello es una razón suficiente para actuar conforme a esa norma (y siempre y cuando, naturalmente, se den las condiciones de aplicación de la misma). Las reglas que confieren poderes (y, en su caso, las reglas puramente constitutivas) dan lugar, por el contrario, a imperativos simplemente hipotéticos: constituyen razones para actuar siempre y cuando el sujeto de la misma pretenda alcanzar un determinado fin (un determinado resultado normativo). Y las definiciones no son razones para actuar, sino criterios que nos permiten entender (o identificar) las normas (las razones para la acción).” (*Las piezas del Derecho*, cit., p. 92)

⁴²⁶ Sobre las normas competencia, ATIENZA y MANERO subrayan, aún, una diferencia fundamental que presentan con relación a las normas regulativas. Para ellos “Las reglas que confieren poder inciden sobre la conducta, sin embargo, de manera muy distinta; ellas hacen en forma indirecta: señalan de qué forma se puede obtener un determinado fin que consiste en un cierto resultado normativo: no son, pues – dicho en la terminología de Raz – razones operativas, sino razones auxiliares.” (ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., p. 133). Hay así, límites que están contenidos en la propia habilitación para practicar un hecho (competencia), y otros externos a ella (derechos).

cualquier relevancia jurídica, pues el ámbito de decisión está fuera del ámbito normativo de las relaciones entre Estados.⁴²⁷

Al lado de las normas de competencias tenemos las llamadas *normas permisivas*. Las normas permisivas tienen como característica principal la de no ordenar nada. Poseen función de garantizar la ausencia de regulación por parte de otras normas a determinadas materias (ámbito de libertad privada), o incluso impedir la regulación de forma contraria. Un ejemplo colocado por ATIENZA y MANERO consiste en el del jefe indígena que, al asumir la posición de jefe en una tribu, donde la caza era libre, edita una norma en el sentido de que “es permitido cazar los martes y los jueves”. Tal norma no significa –tampoco debe significar– la prohibición de la caza en los demás días, sino simplemente la imposibilidad de que una autoridad delegada venga a prohibir la caza los martes y los jueves.

Hay, incluso, autores como ROSS, que niegan cualquier fundamento a la existencia de normas permisivas aisladamente consideradas en el ordenamiento, sin que sirvan como excepción a normas regulativas.⁴²⁸ Tal pensamiento, sin embargo, puede perfectamente ser adaptado al derecho contemporáneo si se reconoce la tesis de la inexistencia de conductas indiferentes al derecho. Entretanto, en el derecho contemporáneo, y principalmente a partir del intervencionismo exagerado del Estado Social, es posible percibir la inversión de la máxima de la legalidad liberal. Esa inversión parece ocurrir en el momento en que hay una sustitución del entendimiento de que todo que no está prohibido está permitido al ámbito privado por la tesis de la inexistencia de conductas indiferentes al derecho. Con la institución de principios como alternativas normativas, mucho más amplias que las reglas y

⁴²⁷ Según ATIENZA y MANERO, “Y parece, además, que tales instituciones conceptuales translucen un rasgo importante en la realidad: a saber, que mientras en los casos de uso irregular de un poder normativo se produce un cambio normativo (si un tribunal de lo penal al que le ha correspondido enjuiciar un caso de homicidio dicta, a su respecto, una sentencia *contra legem* el dictado de la sentencia cambia la situación normativa del reo, con independencia de que la sentencia en cuestión sea recurrible), cuando no hay uso del poder normativo alguno el universo normativo permanece inalterado (el pronunciamiento judicial de una declaración de guerra a Serbia puede suponer un escándalo periodístico que ponga en cuestión, por ejemplo, la salud mental del juez, pero el universo normativo que gobierna las relaciones entre Serbia y España permanece inalterado). *Las piezas del Derecho.*, cit., p. 92)

⁴²⁸ Según ROSS: “Que me digan lo que está permitido no me suministra ninguna guía para mi conducta, a menos que el permiso constituya la excepción a una norma de obligación (la cual puede ser tal vez la máxima general de que lo que no está permitido está prohibido). Las normas de permiso tienen la función normativa de indicar, dentro de un sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación del sistema” [...] “Nunca he oído de ninguna ley que se apruebe con el propósito de declarar una nueva forma de conducta (por ejemplo, escuchar la radio) permitida. Si un legislador no encuentra razón para interferir produciendo una prescripción obligatoria (mandato o prohibición) simplemente guarda silencio. No conozco ninguna norma jurídica permisiva que no sea lógicamente una excepción modificativa de una prohibición y, por tanto, interpretable como la negación de la obligación” (ROSS, 1971, 114 y 115-116).

capaces de alcanzar un número casi infinito de situaciones, se refuerza la tesis de la inexistencia de conductas indiferentes al derecho y, en consecuencia, adquieren importancia determinante las normas permisivas, en el momento en que sirven como excepción a una eventual regulación decurrente de una interpretación del principio.

Las normas permisivas, tal como ocurre con las normas de competencia, en general reclaman alguna protección, para que no sean derrocadas por otras normas, cuando no tendrían ningún fundamento. Así, es común encontrarlas positivadas en normas constitucionales o acompañando normas que confieren competencias. De esa forma, funcionan como barreras a la regulación de un legislador jerárquicamente inferior (tal como ocurre en el caso del jefe indígena Toro Sentado). En esos casos, es posible percibir la considerable diferencia entre la existencia de una norma permisiva y la no existencia de una norma.⁴²⁹

Finalmente, hay todavía los *valores*, que serían meros contenidos axiológicos, que se diferencian de los principios por la absoluta ausencia de un mandamiento. Consisten en la mera representación de algo considerado deseable en los textos jurídicos. Como define BARRANCO AVILES, “cuando nos enfrentamos al concepto de valor, estamos ante una categoría distinta de la de los principios y las reglas. Así, principios y reglas son conceptos deontológicos, en tanto valor es un concepto “axiológico”, caracterizado porque su categoría esencial es “lo bueno”. De modo que para este autor, siguiendo una teoría que ya hemos adelantado, los principios se caracterizan frente a los valores por ser mandatos y frente a las reglas por el tipo de mandatos – de optimización – que constituyen.”⁴³⁰

3.2.5 Funciones y características de los principios

Es notable en el derecho actual la importancia ejercida por los principios en los ordenamientos jurídicos, principalmente a partir de la alteración de perfil de la

⁴²⁹ “El hecho de que, como dice Raz (1991, p. 175), los sistemas jurídicos pretendan autoridad para regular cualquier tipo de conducta – esto es, reclamen para sí una competencia materialmente ilimitada – es un buen argumento en favor de la tesis de la inexistencia (desde el punto de vista del sistema jurídico en su conjunto) de conductas indiferentes: aquí cabría decir que – en virtud de la competencia materialmente ilimitada que los sistemas jurídicos como tales reclaman para sí – todo lo no prohibido está permitido, esto es, regulado jurídicamente.” (ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., p. 129).

⁴³⁰ Barranco Avilés. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 166.

actividad estatal y la asunción de nuevas funciones en comparación al modelo de Estado legislativo. En el momento en que el Estado social pasa a perseguir fines sociales, provoca una alteración considerable en sus exigencias para con el derecho. Por el hecho de que la persecución de fines sociales exige un ingreso estatal en esferas dejadas antes a la regulación privada, es necesario que el derecho proporcione un medio alternativo de hacer viables tales conductas que no la máxima de legalidad, hasta entonces existente donde el Estado solamente podría actuar cuando autorizado por el legislador. Por otro lado, en el momento en que se franquicia la entrada del poder público en el ámbito privado, debe el derecho garantizar que ese ingreso sea restringido al cumplimiento de las funciones que determinaron tal autorización. De esa forma, también se sustituye la noción de abuso de poder por la necesidad de realización de fines específicos. Fuera de esos fines, no es legítima la acción, por lo que se nota un crecimiento de importancia del análisis de la finalidad de los actos del poder público.

Ante este nuevo modelo y de tales desafíos lanzados al derecho, hay la consciencia de que se necesita instrumento normativo diverso de las reglas y sus soluciones definitivas para propiciar una regulación efectiva de la actividad pública, principalmente la promocional. Es en esa situación que crece en importancia el redescubrimiento de los principios, los que constituyen normas dotadas de una generalidad en su antecedente que permite una maleabilidad no encontrada en las reglas, así como poseen un gran apego a su aspecto axiológico, de modo a permitir un mayor control de los fines buscados por el agente, y no solamente de la legalidad de su conducta.

Sin embargo, esa maleabilidad propia de los principios reproduce característica esencial de los ordenamientos y sociedades contemporáneos: la pluralidad. A través del modo como interaccionan con las demás normas jurídicas, regulando pero también cediendo, los principios permiten la protección de amplios sectores sociales que, no raro, presenta intereses contrapuestos. El conflicto, tal como ocurre con los principios, se resuelve a través de argumentos y datos concretos, que buscan una solución adecuada, y no a mera imposición o dominación de la mayoría. Así, se hace posible decir que los principios como estructuras normativas parecen representar un poco la organización social de la sociedad, así como constituyen una respuesta del derecho a nuevos desafíos a él impuestos.

El crecimiento de importancia de los principios, todavía, no elimina las funciones que poseía anteriormente al Estado constitucional y al énfasis a su carácter normativo. Eso se refleja también en los más diversos usos que la expresión *principio jurídico* adquiere en el ordenamiento. Se puede decir que los principios aún mantienen su función clásica de integrar huecos jurídicos y servir de criterio de interpretación del derecho. Todavía, a esta función se suman otras varias, en un contexto donde cada vez más crece el protagonismo de esa especie de norma.

Como destacan ATIENZA y MANERO, cuando consideramos la estructura en la que fueron formulados los principios jurídicos, se destaca su *capacidad explicativa*. Estos posibilitan sintetizar una gran cantidad de informaciones, de modo que a partir de pocos principios, sea posible vislumbrar el funcionamiento de un sistema o institución. Por el hecho de que describen de forma más genérica a su objeto sin la necesidad de pormenorizarlo o entrar en detalles regulatorios, permiten una comprensión más general sobre el bien jurídico tutelado. Sin embargo, a partir de los principios es posible percibir el derecho como un conjunto ordenado de normas, porque permiten una coherencia sistémica. Su clareza y el modo como interaccionan con las demás normas propician esa sistematización.

Ejercen, además, *función justificativa*, en el momento en que los principios no poseen la pretensión de las reglas de resolver situaciones jurídicas de forma definitiva (*razones peremptorias*). Por el contrario, su “dimensión de peso” revela una fuerza argumentativa superior a la de las reglas. Así, al referirnos al *carácter abierto* de los principios, es posible entender que estos tratan de normas más democráticas, en el momento en que propician la conformación de soluciones que consideran también otros derechos, permitiendo la aplicación de una solución más maleable⁴³¹. Las reglas, a su vez, ya traen listo ese análisis, y por eso no posibilitan esa consideración externa.

Sin embargo, como constituyen normas más generales, los principios posibilitan una aplicación a un número muy superior de situaciones que pueden ser

⁴³¹ Según ALEXY: “La vía desde el principio, es decir, del derecho *prima facie*, al derecho definitivo, transcurre, pues, a través de la determinación de una relación de preferencia. Pero la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de colisión, el establecimiento de una regla. Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los principios mismo no son nunca razones definitivas.” (ALEXY, R. *Teoría General de los derechos fundamentales*, cit., p. 103).

adecuadas a su supuesto fáctico genérico. Si pierden para las reglas en cuanto premisas de raciocinio práctico, las superan con relación a su fuerza expansiva. Tal característica será de gran importancia si se considera la función destinada por el intérprete a una norma que, por ser enunciado dudoso, permite ser interpretada como regla o principio. En ese caso, si el intérprete prefiere dar más importancia a la fuerza de aplicación de la norma, la interpretará como regla; si desea una maleabilidad y una amplitud dentro del ordenamiento, la interpreta como principio.

De entre sus características, seguramente una de las más importantes se refiere su forma estructural, la que siempre revela alguna indeterminación. Es importante tener bien claro, que la indeterminación constante en la estructura normativa de los principios no se refiere a cualquier duda que impone a su interpretación. En este sentido, toda norma jurídica es indeterminada. En el caso de los principios, lo que los caracteriza estructuralmente es una indeterminación particular, llamada por GUASTINI de “defeasibility” y “genericidad”.⁴³²

Por la primera característica, *defeasibility* parece ser más fácil de comprender a través del análisis de su opuesto. Las reglas serían normas “indefectibles”, en el sentido de completas, porque establecen de modo exhaustivo sean los hechos en presencia de los que se produce una determinada consecuencia jurídica, sea a las excepciones en presencia de las que la consecuencia prevista no se produce. En razón de eso, los principios son “defectibles” porque está ausente una descripción completa de los hechos a los que se aplican o de las excepciones que se le pueden aplicar. Ya la genericidad es propia de la norma para cuya aplicación se exige la formulación de una otra norma y, por otro lado, permite que su aplicación sea efectuada por varios modos distintos. Constituye el opuesto de las reglas, que se caracterizan por ser normas precisas, o sea, en la que se hace posible identificar una premisa mayor en el silogismo judicial (“Si A, entonces B). Ya ALEXY considera que “los principios suelen ser relativamente generales porque no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo.”⁴³³

⁴³² Según GUASTINI: “La seconda caratteristica riguarda non la posizione delle norme nel sistema giuridico, ma il contenuto stesso delle norme e/o la loro struttura normativa. Un principio è una norma “indeterminata”. Beninteso, come avremmo occasionalmente di vedere, ogni norma è indeterminata, *open textured*, ma qui si tratta di una indeterminatezza peculiare, che può assumere due forme distinte: (i) la “deffettibilità” (*defeasibility*), e (ii) genericità.” (GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 37).

⁴³³ ALEXY, R. *Teoría General de los derechos fundamentales*, cit., p. 103.

Otra característica, apuntada por GUASTINI como definitiva, consiste en la fundamentalidad. Por *principios como normas fundamentales* no se está refiriendo al hecho de que deben estar ubicados como derechos fundamentales, aunque eso frecuentemente ocurra. Significa, esto sí, que son normas que representan o portan elementos esenciales del ordenamiento jurídico, considerado como un todo o por sectores: tal como el derecho civil, derecho administrativo, etc. Constituyen, en ese sentido, “elemento essenziale all’identificazione della fisionomia del sistema”.⁴³⁴ De esta forma, funcionan como fundamento axiológico a las diversas otras normas del sistema o sub-sistema jurídico. Sin embargo, funcionan como su propio fundamento, una vez que ya expresan por sí una fundamentación ético-política, o sea, no necesitan buscar en otras normas un fundamento o una complementariedad, ya que se apoyan en su propio contenido.

Tales características revelan la posición central de los principios en los sistemas jurídicos, así como permiten observar los motivos de su importancia interpretativa en lo que se refiere a que manifiesten alta carga axiológica. Por eso gozan actualmente de gran importancia en los procesos interpretativos, ya que aparecen como normas características del ordenamiento, entero o sectorialmente considerado, esenciales a su identidad y fisonomía.

3.2.6 Principios y moral

Debido a la importancia del contenido axiológico para los principios, así como por el hecho de que estos son utilizados como referencia de sentido para otras normas del ordenamiento, no son raras las asertivas en el sentido de que los principios relacionan el derecho con la moral, así como un derecho constituido por principios jurídicos conecta necesariamente el derecho con la moral. Tal perspectiva, asociada al hecho de que los principios en algunas de sus versiones (*principios explícitos e implícitos*) pueden dispensar la forma expresa de un texto normativo, siendo reconocidos a partir de la práctica jurídica, refuerza la idea de que los principios puedan tener origen en normas morales. Según observa ALEXY:

⁴³⁴ GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 36.

Las razones de otras múltiples propiedades de los principios son obvias. En tanto razones para reglas, los principios permiten conocer su contenido valorativo más fácilmente que aquéllas; en tanto razones básicas para numerosas reglas, los principios tienen una importancia fundamental, por lo que respecta a su contenido, para el ordenamiento jurídico; su referencia a la idea del derecho resulta de un modelo de fundamentación que avanza de lo general a lo cada vez más especial; y el hecho de que como normas “surgidas naturalmente” puedan ser contrapuestas a las normas “creadas” se debe al hecho de que los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de formaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho.⁴³⁵

Asociado a esa fuerte carga axiológica y a la justificación interna que poseen los principios, autores como DWORKIN siempre se valieron de esa diversidad como norma jurídica con fin de atacar al positivismo jurídico con la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. DWORKIN, por ejemplo, se refiere a los principios jurídicos como principios morales. Partiendo del posicionamiento anti-positivista en el sentido de que el origen de los principios es la moral, y no el derecho, derecho y moral estarían necesariamente conectados a través de los principios. La propuesta de DWORKIN, que transforma a los jueces en instrumentos capaces de hacer siempre una lectura moral del derecho, emitiendo siempre soluciones moralmente correctas o aceptables –tal como se afirmaba con respecto a algunas tesis– en nuestra opinión, no pasa en cualquier prueba empírica, tanto porque las decisiones judiciales sobre el mismo caso son, con mucha frecuencia, disonantes. Según nuestro expreso posicionamiento, aunque argumentos morales puedan ser aceptados si incorporados a la regla de reconocimiento, es la autoridad y jerarquía del juzgador el elemento revelador del sentido jurídico de los principios.

Como apunta COMANDUCI, los argumentos morales a partir de un positivismo metodológico, son “solamente instrumentos retóricos empleados para fundamentar una decisión, que es generalmente reconocida como jurídica por el hecho de que fue tomada por órganos estatales”,⁴³⁶ o sea, por fuentes empíricamente controlables del derecho. En el mismo sentido se posiciona AARNIO, para quien la moralidad solamente adquiere importancia cuando incorporada al ordenamiento a través de su reconocimiento por la práctica jurídica. Antes del

⁴³⁵ ALEXY, R. *Teoría General de los derechos fundamentales*, cit., p. 104.

⁴³⁶ COMANDUCI, p. 100.

reconocimiento por fuentes oficiales, a moral es elemento extraño al derecho. Luego, lo que conecta el derecho a la moral es la autoridad.⁴³⁷ Conforme escribe:

Si un principio no-jurídico es parte de un sustrato coherente de justificación que incluye por lo menos una fuente jurídica autoritativa, por ejemplo una disposición legal válida, *este principio recibe relevancia jurídica ATC*. Un principio no-jurídico “entra” en el Derecho como consecuencia de un discurso jurídico apropiado. El Derecho positivo, pues, incluye no sólo reglas jurídicas dadas y Derecho consuetudinario, sino también principios jurídicos que son *reconocidos como fundamentos para la praxis de toma de decisiones*. Es precisamente esto lo que acontece cuando un principio-valor no jurídico es confirmado por vez primera por el Tribunal Supremo. El principio recibe soporte institucional en un discurso jurídico controlado apropiadamente, incluso aunque *antes* de tal discurso no existiese en absoluto soporte institucional para el principio en cuestión. Esto significa que ningún principio no-jurídico puede ser jurídicamente relevante PF. Requiere, por definición, un soporte institucional para ser aceptado como jurídico.”⁴³⁸

La tesis de la “única solución correcta” que caracteriza las propuestas que insisten en condicionar el derecho a la moral debe ser relativizada en nombre de la propia realización de algunos fines sustantivos reconocidos en el ordenamiento. Solamente a través de la asociación del derecho a la institucionalidad y a la autoridad, se hace posible conferir eficacia a estas normas, aunque la decisión adoptada no sea la mejor posible. O esto, o reconocer la panacea, como lo hace DWORKIN, de que todos los interpretes poseen la capacidad del juez Hércules, omnisciente, omnipotente e infalible. En suma, no es posible realizar los fines sustantivos (“morales”) previstos en el ordenamiento si no lo dotamos de eficacia. Esta eficacia, solamente ocurre si reconocemos el carácter institucional del derecho y su autoridad. Luego, la mejor solución posible debe acceder en nombre de la solución propuesta por la autoridad. Al menos hasta que se encuentre una fórmula mejor. Conforme apuntan ATIENZA y MANERO:

[...] es innegable que el carácter institucional del Derecho implica exigencias que limitan, como hemos visto, el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar. Pero, si consideramos que la

⁴³⁷ “*Prima facie*, el derecho y la moralidad son dos cosas distintas. Solamente las reglas jurídicas son formalmente vigentes. Aun así, los principios morales pueden tener importancia para la discrecionalidad judicial como bases para la toma de decisiones al elegir entre diferentes significados alternativos de una formulación normativa ambigua. Al hacer esto, los principios morales «se vuelven» jurídicamente relevantes. El propio discurso confiere a los principios morales *estatus jurídico*. De algún modo, el derecho y la moral se entrelazan, [...]”.(AARNIO, Aulus. “Las reglas en serio” in *Normatividad del Derecho*. Barcelona: GEDISA, 1997, p. 22).

⁴³⁸ AARNIO, Aulus. “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, in *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*; 1 (4): 593-602, p. 601-602.

preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su «maquinaria» es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cuidado de la eficiencia de su «maquinaria». Y esto vale aun si tales cuidados implican exigencias que traen consigo una tensión con las exigencias sustantivas que el propio Derecho contiene, y esta tensión exige formas no siempre enteramente anticipables de ajuste y acomodamiento.⁴³⁹

Ese mismo argumento, el de que no siempre debe prevalecer la “mejor solución”, pero que es suficiente una solución jurídica y adecuada, parece importante también cuando tratamos de los principios como mandados de optimización. En esos casos, hay la necesidad de desarrollar soluciones individuales, pero que, por el hecho de que importan en costes económicos, deben ser extensibles a casos idénticos o similares, habiendo necesidad, incluso, del establecimiento de prioridades. Ante tal tipo de normas, la auto-restricción judicial en favor de la decisión legislativa –por más que en algún caso pueda implicar en cambiar una solución mejor por una más o menos–, garantiza el reconocimiento de una autoridad apta para decidir y la ampliación de las posibilidades de, en una forma general, ser encontrada una solución correcta. Conforme apuntan ATIENZA y MANERO, “en general, la renuncia a imponer la que se considera solución correcta, en aras del respeto al sistema de fuentes, implica no deteriorar la efectividad del sistema, efectividad que parece, al menos hasta cierto grado, condición necesaria para la efectiva protección de los derechos y para la efectiva persecución de objetivos sociales.”⁴⁴⁰

Así, cuando tratamos de principios, nos estamos refiriendo a normas jurídicas de gran importancia axiológica, que pueden ser positivadas o no positivadas. Pueden hasta tener correspondiente en normas morales, pero lo que las caracteriza es el reconocimiento por las instituciones jurídicas, o sea, por fuentes reconocidas por la regla de reconocimiento.⁴⁴¹

⁴³⁹ ATIENZA y MANERO. *Las piezas del Derecho*. cit., p. 48.

⁴⁴⁰ ATIENZA y MANERO. *Las piezas del Derecho*. cit., p. 49.

⁴⁴¹ Como apunta también PRIETO: “Definitivamente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico.” PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*; cit. p. 68).

3.2.7 Definición de principio

Es difícil encontrar en la doctrina conceptos coincidentes sobre principios. En verdad, los principios son mucho más conceptuados a partir de su confronto con las reglas, que de forma aislada.⁴⁴² Sin embargo, es posible encontrar características coincidentes atribuidas a ese tipo de normas, lo que de cierta forma facilita la formulación de un concepto propio para ese tipo de norma. De cualquier forma, más importante que conceptuar los principios es identificarlos y aplicarlos de forma correcta.

Así, primeramente en la conceptuación de los principios parece ser la confirmación de su *carácter normativo*. Principios son, por tanto, normas. Sin embargo, son normas que no presentan la estructura clásica de normas (reglas), con la descripción de un supuesto de hecho y la previsión de una solución jurídica determinada (consecuencia jurídica). En razón de esa ausencia de un supuesto de hecho claro y definido o de la consecuencia jurídica, necesitan de hechos concretos para que puedan producir sus efectos.⁴⁴³

⁴⁴² En ese sentido consideramos las clasificaciones de PRIETO y ZAGREBELSKY. Para ZAGREBELSKY: “[...] a las reglas <se obedece>, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio <se presta adhesión> y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión. - los principios no pueden reaccionar sino ante un caso concreto, exactamente porque no contienen “supuesto de hecho”. Solamente delante de un caso concreto se puede entender su alcance. A su vez, las reglas, porque contienen un “supuesto de hecho” proporcionan criterios al comportamiento que obligan en el sentido de cómo debemos o no debemos hacer, cuando, como, etc. - Sólo las reglas – las cuales traen previsiones en abstracto y consecuencias jurídicas a estos comportamientos – pueden ser aplicadas mecánica y pasivamente (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 110-111). Para Luis Prieto son cuatro las diferencias entre reglas y principios: a) La cualidad “todo o nada” que se predica de las reglas, frente al “peso” o importancia relativa de los principios: si una regla es aplicable, resuelve el caso y, si no resuelve el caso, es que no resulta en modo alguno aplicable; en cambio, los principios nos ofrecen pautas u orientaciones no concluyentes, que deben conjugarse con otras normas o principios. b) El carácter cerrado de las reglas y abierto de los principios o, lo que es lo mismo, la ausencia en estos últimos de un verdadero “supuesto de hecho”: en las reglas podemos conocer *a priori* los casos en que procede su aplicación y, por tanto, también sus excepciones, lo que resulta imposible en presencia de un principio. c) La idea de que las reglas sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible: “mientras que el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno...” d) Finalmente, la tesis según la cual el conflicto entre reglas se resuelve o bien mediante la declaración de invalidez de una ellas, o bien concibiendo a una como excepción de la otra, mientras que un conflicto entre principios requiere ponderación, esto es, supone el triunfo de uno de ellos, pero sólo para el caso concreto. (PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?. *Anuario de filosofía del derecho*, 1996, 13-14: p. 125-158.,p. 132) .

⁴⁴³ Conforme ZAGREBELSKY: “los principios no pueden reaccionar sino ante un caso concreto, exactamente porque no contienen “supuesto de hecho”. Solamente delante de un caso concreto se puede entender su alcance.” (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 111).

Son también considerados normas *fundamentales* en el sentido de que ocupan posición de referencial de los sistemas y subsistemas jurídicos, es decir, permiten identificar los contornos y características del sistema al que pertenecen de una forma más clara. Con base en eso, se caracterizan, también, por una *fuerte carga axiológica*, de forma que es posible decir que no dependen de otras normas para justificarlos, pues reconocen bienes intrínsecamente.⁴⁴⁴

Aún en lo que proviene de su carácter axiológico, se puede decir que los principios son normas *parciales* en sus enunciados, pero que interaccionan con otras normas opuestas a través de un proceso casi político de negociación, cediendo y preponderando dependiendo del caso. Se caracterizan, así, por la aplicación a partir de un proceso de ponderación.

En base a esto, es posible definir los principios jurídicos como normas jurídicas de fuerte carácter axiológico, que ocupan posición fundamental en los sistemas y subsistemas como razones de justificación propia y de otras normas. Poseen generalmente estructura diferenciada que no impone una solución única, pero en el sentido de la protección de determinados bienes, interaccionando con otras normas contrarias a través de proceso de ponderación.

3.2.8 Tipos de principios

Para GUASTINI, la clasificación entre especies de principios lleva en cuenta la función que ejerce en el ordenamiento, así como su fuente, positivada o no. El profesor italiano propone la siguiente forma de clasificación de los principios, siendo que una no es excluyente de la otra, solamente ayudando en su identificación de entre las normas jurídicas.

- 1) principios constitucionales y principios legislativos;
- 2) principios que alcanzan a todo el ordenamiento y principios parciales;
- 3) principios expresos y principios no-expresos.

⁴⁴⁴ Hacemos referencia al concepto de ÁVILA, que destaca la fuerza axiológica de los principios: "Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção." (*Teoria dos princípios*, cit., p. 70).

Sobre la primera división, GUASTINI destaca la diferenciación en razón de la protección constitucional que gozan ciertos principios con relación a la actividad del legislador. Una vez considerados como normas de referencia para interpretación de otras normas, los *principios legislativos* presentan la debilidad de poder ser eliminados del ordenamiento por la acción del legislador. Por otro lado, la posición jerárquica de los principios, si constitucional o legislativo, influencia en el modo de interacción con otras normas. Un principio constitucional que confronte directamente con una regla infra-constitucional podrá, en ciertos casos, acceder. En otros, incluso, podrá invalidar la regla. Ya un principio infra-constitucional que confronte con una regla constitucional debe, necesariamente, acceder. Es también en razón de la jerarquía jurídica, a la que también están sometidos los principios jurídicos, que ALEXY menciona la posibilidad de invalidación de un principio jurídico, o sea, cuando sea incompatible con norma superior, de modo que no sea posible encontrar un sentido al principio, incluso accediendo.

En segundo lugar, tenemos la clasificación de acuerdo al alcance del principio. Como ya se ha señalado, los principios jurídicos son considerados como normas de fuerte carga axiológica, influenciando en la interpretación y trazando parámetros de funcionamiento de sistemas o subsistemas. Esa influencia puede estar relacionada con su posición jerárquica, ya que normas constitucionales, por ejemplo, condicionan todo el ordenamiento a la compatibilidad material con lo que disponen. Sin embargo, el alcance de un principio está mucho más condicionado por su contenido que por su posición jerárquica. El principio de la *supremacía del interés público sobre el privado*, puede estar positivado constitucionalmente, pero su alcance es específico a las relaciones de la administración con los privados. Alcanza, por tanto, un subsistema. Ya un otro principio puede tener previsión infra-constitucional o mismo faltarle un positivado y actuar sobre todo el sistema. Veamos, por ejemplo, el caso Esser de DWORKIN, en el sentido de la formulación del principio de que *nadie se puede beneficiar del ilícito cometido*.

Por último, y aprovechando el caso referido, hay casos en que los principios pueden ser decurrentes de una práctica interpretativa que reconoce un valor y formula una norma sin que ésta posea un texto escrito. En otros casos, como se ha visto, una serie de dispositivos puede venir a originar un principio, donde todos contribuyen parcialmente para su formación, pero ninguno de forma decisiva, de

modo que el enunciado normativo del principio no encuentra correspondiente positivado. Esto genera la división, por tanto, entre *principios expresos*, que cuentan con positivado específico y *principios no-expresos*, que no obstante posean un enunciado (algo que toda la norma necesita), no poseen un dispositivo, es decir, no están positivados. ¿En ese caso, cuál es la jerarquía de esos principios no-expresos? La respuesta parece estar en su propia fuente, o sea, la práctica jurídica. Solamente es posible saber su jerarquía a través de la práctica de los tribunales.

Otra importante clasificación sobre especies de principios jurídicos está elaborada por ATIENZA y MANERO, quienes proponen con relación a los principios una clasificación cuádruple, dividiéndolos a partir de características estructurales y funcionales. La clasificación de los profesores españoles, como característica de su abordaje sobre los principios, analítica y estructural, es importante porque considera aspectos de aplicación de los principios, a partir de la materia que se ocupan y de la delimitación de la conducta exigida por ellos. Dividen los principios en:

- a) Principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas
- b) Principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez
- c) Principios explícitos y principios implícitos
- d) Principios sustantivos y principios institucionales

Por *principio en sentido estricto* consideran, más o menos, lo que AARNIO viene a llamar “*principios que se parecen a reglas*”, o sea, principios jurídicos que alcanzan un alto grado de determinación sobre la conducta exigida. En su opinión, serían principios que exigen un cumplimiento pleno, no gradual. Según explican:

Y precisamente porque lo que viene calificado deónticamente, en el caso del principio expresado por el art. 14 CE, es la realización de una acción, su modo de operar vendría a ser este: si se ha determinado, en la combinación de factores relevantes que presenta un determinado caso individual, que le principio de igualdad del art. 14 prevalece frente a principios o reglas que jueguen en sentido contrario, este principio exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple (o se realiza o no se realiza una acción discriminatoria), pero no caben modalidades graduables de cumplimiento.⁴⁴⁵

Estos principios no serán reglas porque: a) sus condiciones de aplicación no vienen definidas de una forma cerrada, es decir, su antecedente es absolutamente genérico, pudiendo servir para cualquier caso del ordenamiento; b) ambas las

⁴⁴⁵ ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., p. 33.

normas (principio del art. 14 CE y regla de art. 28 ET) prevén la realización de una acción, pero una viene considerada de forma mucho más específica.

En nuestra opinión, este es el caso, prevalentemente, de principios que expresan prohibiciones, tales como la *prohibición de discriminación en virtud de sexo, color o edad*. En este caso, hay una estructura que perfectamente podría servir a una regla. Descubriremos que se trata de un principio a través de la verificación de una serie de situaciones que lo relativizan, así como el modo que confronta con otras normas. Tal como será tratado más adelante con mayores detalles, no son todas las normas las que expresan prohibiciones que podrán ser consideradas por *principios en sentido estricto*, pues su consideración como regla o principio dependerá de la consideración. Lo que es cierto es que, por su enunciado, o sea, la estructura de la norma, queda difícil saber si estamos ante una regla o un principio, y por eso la división de AARNIO entre *reglas que parecen principios* y *principios que parecen reglas*.

Ya la diferencia del principio en sentido estricto con relación a lo que ATIENZA y MANERO llaman directriz, estaría en el hecho de que el elemento medio es prácticamente inexistente en esa última. Mientras en el principio en sentido estricto es posible identificar una acción, en la directriz esa acción está dejada totalmente en abierto. Las directrices, para ATIENZA y MANERO, se asimilarían a la concepción de principios como *mandatos de optimización* de ALEXY, resultando claramente distinguibles de las reglas por un simple análisis estructural de los enunciados formulados. Si las reglas representan el mandamiento, “*se debe hacer X*” o “*se debe hacer X para alcanzar Y*”, las directrices o mandatos de optimización serían representadas simplemente por “*se debe alcanzar Y*”, dejando absolutamente libres los medios y el grado de cumplimiento. Conforme explican:

Cuales sean las acciones (o los cursos de acción) causalmente idóneas para lograr este objetivo no se encuentra constitucionalmente determinado. Y el propio objetivo cuya consecución se ordena – que la seguridad y legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios se encuentren eficazmente protegidos – no es, por su parte, como es obvio, el único objetivo constitucionalmente ordenado. Importa aquí destacar dos cosas: en primer lugar, que cursos de acción idóneos para maximizar un cierto objetivo constitucionalmente ordenado (por ejemplo, el abaratamiento de los créditos hipotecarios o la liberalización en los usos del suelo como medios idóneos para facilitar el acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada, objetivo ordenado por el art. 47 CE) pueden tener efectos negativos sobre otros objetivos asimismo constitucionalmente ordenados (por ejemplo, sobre la estabilidad económica – art. 40 CE -, en el

primer caso, o sobre el logro de un «medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» - art. 45 CE – en el segundo). Y, en segundo lugar, que estos objetivos constitucionalmente ordenados resultan, en muchos casos, interdependientes: por ejemplo, el deterioro de la estabilidad económica podría tener efectos negativos sobre el acceso a la vivienda o los sistemas de protección social. De ahí que, a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr el mayor grado posible, la consecución de todos estos objetivos. La teoría de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización resulta, a nuestro juicio, distorsionada, por lo antes dicho, en relación con los principios jurídicos en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices.⁴⁴⁶

Un ejemplo claro de directriz o mandato de optimización sería, por lo tanto, el caso de la norma que regula constitucionalmente el derecho a la salud en la Constitución brasileña, la que determina que “La salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado ante políticas sociales y económicas que pretendan la reducción del riesgo de enfermedades y de otros agravos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.”⁴⁴⁷

Otro punto importante de diferenciación entre los *principios en sentido estricto* y las *directrices* está en las razones que determinan para su aplicación. Los *principios en sentido estricto*, aunque no expresen razones perentorias, como ocurre con las reglas, constituyen razones de primera orden para resolver en determinado sentido, las cuales, evidentemente, pueden entrar en conflicto con otras razones para decidir en sentido contrario, esto es, para que sean ponderadas con otros principios.

⁴⁴⁶ En ese punto, es relevante aclarar que, en la clasificación normativa, ATIENZA y MANERO distinguen las directrices también de las reglas de fin. Según sustentan: “Las directrices vendrían a ser, en el terreno de los principios (en sentido amplio), el *pendant* de las reglas de fin. La diferencia entre reglas de fin y directrices se halla en que las primeras configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las segundas lo hacen de forma abierta y, sobre todo, en que las primeras establecen un fin que debe cumplirse en forma plena y no, como es el caso de las segundas, en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios disponibles.” Así lo hacen por considerar que las reglas de fin, además de apuntar a un objetivo definido, constituyen también razones perentorias. Se distinguen, en ese caso, de las reglas de acción, porque guían a la conducta de forma diversa. Las reglas de acción representan tan solamente una determinación de conducta (“se debe hacer X”) mientras las reglas de fin condicionan a la conducta al alcance del fin (“se debe hacer X para alcanzar Y”). En ese caso, para las reglas de fin el intérprete tiene la posibilidad de controlar la adecuación del medio previsto en la regla para alcanzar el resultado, donde la inoperancia del medio puede servir como causa de no-aplicación de la regla. (ATIENZA y MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., p. 33-34)

⁴⁴⁷ Art. 196, CF Brasil. Difiere, por lo tanto, considerablemente de la regla que determina (a través de política pública constitucionalmente determinada) que “es deber del Estado proveer, de forma gratuita, medicamentos excepcionales para personas que no puedan proveer los gastos con los referidos medicamentos” (art. 1º de la Ley Estadual 9.908/93).

La gran diferencia parece estar en el hecho de que estas razones de primera orden permiten al intérprete hacer construcciones abstractas en relación con los *principios en sentido estricto*, formulando, incluso, reglas de colisión en abstracto. Ejemplo de eso tenemos, por ejemplo, en el conflicto entre el principio de igualdad formal y el principio de igualdad sustancial. En este conflicto parece posible la construcción de una regla de colisión en el sentido de la posibilidad de la existencia de discriminación siempre que esta tenga como finalidad la reducción/eliminación de una desigualdad. De la misma forma, en el caso de la libertad de expresión en conflicto con la intimidad, parece posible la construcción en abstracto de una regla en el sentido de que cuando se trate de divulgación de informaciones de relevancia pública, la libertad de expresión se sobrepone a la intimidad.

En el caso de las *directrices*, tal confronto abstracto se muestra inaplicable, porque el conflicto no envuelve solamente aspectos normativos, sino también posibilidades fácticas, las que determinan la necesidad de construcción a partir del caso concreto. En razón de esto, los derechos económicos son generalmente clasificados como *directrices* o *mandatos de optimización*.⁴⁴⁸

3.2.8.1 Algo más acerca de los principios como mandatos de optimización

Los principios como mandatos de optimización son tal vez las normas de más fácil identificación de entre las normas jurídicas, ya que presentan una estructura peculiar. En el caso, presentan un supuesto de hecho claro, de forma que pueden más o menos ser identificados el obligado y el beneficiario, así como dejan evidente el bien jurídico que pretenden tutelar. Incluso, se puede decir que su aplicación es inversamente proporcional a la facilidad de su identificación, pues estas normas no

⁴⁴⁸ Como apuntan ATIENZA y MANERO: "Dicho en otros términos: tanto el operar con principios en sentido estricto como el hacerlo con directrices exigen ponderación, pero esta expresión tiene un significado diverso en uno y otro caso. En el primero – cuando se opera con principios en sentido estricto – la ponderación consiste esencialmente en construir casos genéricos (conjuntos de propiedades) y determinar en cuáles de ellos prevalece un principio respecto de otro(s) principio(s) concurrente(s); por ejemplo, frente al choque entre el principio de respeto a la intimidad y el de la libertad de expresión, la ponderación podría concluir estableciendo, entre otras, la regla de que, cuando se trata de informaciones que carecen de relevancia pública, prevalece el principio del respeto a la intimidad. Cuando se opera con directrices, sin embargo, la ponderación consiste esencialmente en *concretar un fin y/o sus formas de realización*, teniendo en cuenta los límites marcados por otros fines y eligiendo medios que sean aptos para lograr el fin en cuestión, deteriorando lo menos posible el logro de otros fines también ordenados." (ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., p. 37).

traen consigo la indicación de los medios para atingir tales resultados y, tampoco, el grado de prestación necesario para considerar cumplida la obligación.

Por esta razón fueran denominados por ALEXY como mandados de optimización, pues considera que no habiendo un grado de determinación de suficiencia sobre el cumplimiento de la obligación, estos principios deben ser cumplidos *en el mayor grado posible*. Así se dice, porque tales principios dependen de circunstancias fácticas y normativas. Normativas porque defienden determinado bien jurídico que, para su realización, encuentran una serie de dificultades jurídicas. En el caso, por ejemplo, de principios que disponen sobre derechos prestacionales, la determinación de un cierto grado de cumplimiento en relación con una política pública implicará en el consumo de los recursos de otra, también protegida por otra norma de optimización. Una vez que trabajamos con recursos limitados, estas normas implicarán en disputas por los mismos recursos. Sin embargo, una eventual tutela individual de tal derecho colisiona con la tutela de otros eventuales beneficiarios, o mismo en prohibiciones procesales de anticipación de tutela contra el Poder Público, por ejemplo. Hay dificultades fácticas porque son normas que generalmente necesitan valores económicos, por tanto, para su realización. Así, una recesión económica, al mismo tiempo que aumenta la demanda por prestaciones sociales, acaba por reducir los recursos que costean tales prestaciones. Sin embargo, para atender, por ejemplo, a la prevención de determinadas enfermedades, es necesario que haya disposición tecnológica de medicamentos o técnicas médicas.⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ En las palabras de PRIETO: “Un uso por completo diferente aparece en los llamados principios programáticos o directrices políticas, pues aquí la indeterminación no pesa sobre el supuesto fáctico, sino sobre la consecuencia jurídica. Un caso ejemplar nos lo ofrece el artículo 49 C.E.: <Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos...>. Es posible conocer perfectamente en qué situaciones es relevante el precepto, los casos de minusvalías, pero, en cambio, permanece en la nebulosa qué clase de concreta obligación corresponde a los poderes públicos; éstos han de realizar <una política de previsión...>, pero ¿a partir de qué nivel o grado de <empeño político> cabe decir que el precepto ha sido cumplido? Por ello, en esta acepción, los principios son calificados como <mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas>. Las posibilidades jurídicas vienen dadas por el hecho de que en el caso concurra o no otra norma de sentido contrario, y de ello nos ocuparemos luego. La indeterminación de lo que Alexy llama <posibilidades fácticas> expresa la peculiaridad de las directrices, a saber: que estas normas no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines cuya plena satisfacción tampoco se exige. Por cierto que también otras normas que no son directrices sugieren un posibilidad de graduación; así las que exigen una determinada diligencia o las que sancionan la negligencia es evidente que admiten un cumplimiento gradual. Sin embargo, la diferencia estribaría en que estas últimas normas requieren siempre para cada caso un exacto nivel de cumplimiento, con independencia de que resulte difícil fijarlo: o se actuó con la diferencia debida o no se actuó

Como consideran ATIENZA y MANERO, muchos de los principios como mandatos de optimización no son normas que tutelan clásicos intereses individuales, pero se aproximan mucho más a normas con la finalidad de promover intereses sociales, esto es, de promover el acceso a bienes de forma colectiva. Considerando que muchas de esas normas están relacionadas con fines promocionales, de políticas sociales, tienen como parámetro la igualdad sustancial.⁴⁵⁰ En razón de eso, el posicionamiento de muchos autores en el sentido de que tales normas representan derechos propios de la política y de la legislación y, por eso, *a priori*, no son justiciables. Para PRIETO, “pretender la aplicación de una directriz es defender un interés o programa político, pues supone que dicte una norma que establezca los medios para alcanzar un fin valioso”.⁴⁵¹ En el mismo sentido la opinión de ATIENZA y MANERO al defender que juicios sobre la realización de mandatos de optimización son juicios altamente controvertidos de elección política, y, por eso, deben ser delegados a órganos democráticamente legitimados. Las opciones entre la tutela de uno u otro mandato de optimización implicarían, según apuntan, en:

[...] juicios, en la mayor parte de las ocasiones, fuertemente controvertibles, sobre relaciones medio-fin. Y ésta es la razón de que el cumplimiento de directrices sea asunto centralmente encomendado a los órganos con legitimación democrática (al legislador y a los órganos del poder ejecutivo) y que el control judicial, a este respecto, haya de limitarse a aquellos casos en

diligentemente. Las directrices, en cambio, no requieren un grado preciso de cumplimiento.” (PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*; cit. p. 54-55).

⁴⁵⁰ “Sin embargo, esa forma de operar es insuficiente cuando se entiende que el Derecho – las normas – no tiene como función única la de delimitar el terreno dentro del cual cada uno puede perseguir sus propios intereses, sino también el de promover activamente determinados intereses sociales. Para conseguir este propósito, no resultan ya suficientes las reglas de acción, sino que deben establecerse reglas de fin y directrices, cuyo tratamiento de los intereses es característicamente diferente. Pero la diferencia no consiste en que este último tipo de norma no presuponga como el otro la existencia de conflicto de intereses (ni las reglas de fin ni las directrices son normas técnicas que presupongan una unidad de fines, de manera que el único problema a plantear sea el de cuáles son los medios adecuados para alcanzarlos). La diferencia estriba más bien en que las reglas de fin y, sobre todo, las directrices no delimitan *ex ante* la articulación de los intereses en conflicto – ni tampoco, en el caso de las directrices, de las finalidades al menos relativamente incompatibles – sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en una determinación del peso relativo de cada uno de ellos. Las directrices – cabría decir – no determinan los espacios de poder de una vez por todas y haciendo abstracción de los intereses realmente en presencia en cada caso – como sucede con las reglas de acción -, sino que hacen depender dicha determinación de circunstancias variables y no determinables *a priori*, esto es, no contenidas en las normas.” (ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., p. 41)

⁴⁵¹ Es el caso de PRIETO cuando afirma que: “En líneas generales, cabe decir que los principios entendidos como normas abiertas expresan derechos, son justiciables o propios de la jurisdicción, mientras que los principios como mandatos de optimización expresan intereses y son propios de la política o legislación.” [...] “Sin embargo, y a reserva de lo que se diga en el próximo capítulo, parece que de aquí no cabe derivar un reconocimiento genuino de pretensiones subjetivas a partir únicamente de las directrices constitucionales, pues, entre otras cosas, ello representaría una intromisión exorbitante de la Justicia en el ámbito de la llamada discrecionalidad legislativa.” (PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*. cit., p. 56).

los que tales órganos adoptan decisiones o emprenden cursos de acción nítidamente opuestos a la obtención de los estados de cosas ordenados.⁴⁵²

No obstante tal posicionamiento, tenemos casos donde unas normas clasificadas como mandados de optimización son aplicadas directamente a casos individuales. Es posible comprobar, en la doctrina y jurisprudencia brasileñas, la atribución de efectos jurídicos plenos a algunos mandatos de optimización, mientras que otros son tratados como normas direccionadas al legislador, que les debe posibilitar el cumplimiento de acuerdo con las posibilidades fácticas. Así, tenemos que, a partir de normas estructuralmente idénticas, ordenamientos jurídicos diversos y de sus respectivas doctrinas mayoritarias, atribuyen posibilidades jurídicas absolutamente diversas. Este fenómeno, objeto central de la presente investigación, trataremos en el capítulo siguiente.

Finalmente, otra forma incontestada de aplicación de los mandatos de optimización está en servir de apoyo a decisiones normativas que colisionan con otras normas jurídicas del ordenamiento. En esos casos, la presencia de mandatos de optimización apoyando decisiones políticas presta a tal decisión fuerza axiológica para fundamentar la eventual lesión a otros bienes jurídicos.⁴⁵³ Tal sería el caso de la duda sobre la constitucionalidad de una norma que reduce la *autonomía empresarial*, pero que está destinada a la tutela el *pleno empleo*. Funcionan así, como importantes razones argumentativas en favor de la constitucionalidad de legislación que tenga por finalidad realizar sus objetivos, aunque en cierto grado vengan a lesionar a otros bienes jurídicos.

3.3 DIFERENCIAS ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

A partir del reconocimiento del carácter normativo de los principios y su amplia utilización en el derecho actual, es grande la polémica existente sobre el establecimiento de criterios de diferenciación entre reglas y principios. Considerando

⁴⁵² ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., p. 38.

⁴⁵³ Como sustenta PRIETO: "Por ello, y aún cuando serían precisos mayores matizaciones, cabe decir que las directrices o mandatos de optimización sirven más para justificar y <defender> ciertas normas ya existentes que para exigir que se dicten otras nuevas; ofrecen cobertura a la política del legislador o del gobierno, pero no imponen ninguna política concreta." (PRIETO, L.. *Ley, principios, derechos*. cit., p. 57).

que muchos de los criterios que se presentan como distintivos de reglas y principios parten de premisas o perspectivas diversas, es normal que se espulgue si la diferenciación entre esas normas es real o aparente. En esta línea, no es difícil encontrar posiciones en el sentido de que entre reglas y principios no habría diferencias significativas, de modo que ambos comulgarían de las mismas técnicas de aplicación, siendo su diferencia mera cuestión de grado.

Por otro lado, la grand mayoría de las teorías de diferenciación reconoce diferencias cualitativas entre reglas y principios. En ese caso, por tratarse de especies diferentes de norma, demandarían procesos diversos de aplicación, donde se alterarían el proceso de argumentación y las exigencias de justificación por parte del intérprete. Sin embargo, si consideramos que las reglas poseen una mayor facilidad de aplicabilidad mientras los principios permiten un mayor alcance regulativo a las situaciones de hecho, la existencia de una distinción constituye cuestión importante en la definición de los límites jurídicos y de los propios parámetros de interpretación. De ahí las frecuentes acusaciones en la doctrina sobre el mal uso de las expresiones, reglas y principios. Principalmente en relación con los principios, se observa que diferentes concepciones permiten la variación de su sentido, siendo considerado desde una norma sobrejurídica, con la mayor fuerza aplicativa posible, hasta como meros adornos políticos presentes en normas, sin ninguna aplicabilidad jurídica.

Luego, las consecuencias sobre la existencia de un criterio cualitativo de diferenciación entre reglas y principios serían significativas, una vez que repercuten en el modo de aplicación y en su proceso de interacción con las demás normas dentro de los ordenamientos jurídicos. Según ALEXY, la diferencia entre reglas y principios constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que ejercen los derechos fundamentales en el sistema jurídico.⁴⁵⁴

En el presente punto, teniendo en cuenta la imposibilidad de agotar el interminable número de clasificaciones, procuraremos abordar las clasificaciones elaboradas por algunos autores, buscando alcanzar diferentes puntos de partida y

⁴⁵⁴ ALEXY, R., *Teoría General de los derechos fundamentales*, cit., p. 81.

sus principales consecuencias a la interpretación y a la relación entre principios y reglas. Inicialmente, serán abordadas las tesis referentes a la existencia o no de una diferencia cualitativa entre reglas y principios, lo que es conocido por tesis de la separación fuerte o débil entre especies de normas. Enseguida, trataremos de los principales criterios encontrados en la doctrina proponiendo criterios de separación, así como las resistencias que cada una enfrenta, una vez que el asunto está lejos de constituir una unanimidad doctrinaria. Destacamos, de los criterios existentes, el criterio de la diferencia estructural del enunciado normativo, sostenido por autores como LARENZ, ESSER, GUASTINI, ATIENZA y MANERO; del modo de aplicación, defendido por autores como DWORKIN y ALEXY, y el criterio del conflicto normativo, sostenido por PRIETO. Destacamos que varios autores adoptan criterios de forma complementaria, una vez que consideran que ninguno de ellos sea infalible. En lo que se refiere a la parte de crítica, consideramos las consistentes críticas que sufren de parte de defensores de una o otra corriente, así como de aquellos que proponen criterios alternativos, como es el caso de ÁVILA y AARNIO.

Todo el análisis será, por tanto, dirigido a la aclaración sobre la existencia de una diferencia efectiva y relevante entre principios y reglas y, en caso afirmativo, en el sentido de determinar cuales los criterios que nos parecen más adecuados para distinguirlos, principalmente en lo que se refiere a su relevancia en el proceso interpretativo.

3.3.1 Tesis de la demarcación fuerte y débil

La clasificación de las tesis jurídicas que defienden las diferencias entre especies de normas jurídicas resulta bastante conocida en la doctrina a partir de la división elaborada por Aulus AARNIO sobre las tesis de demarcación fuerte o débil entre reglas y principios.⁴⁵⁵ La división que hace entre demarcación fuerte y débil nos parece interesante para situar las posiciones dominantes en la doctrina y mejor comprender sus puntos fundamentales. A continuación vamos a presentar las

⁴⁵⁵ Cf. Aulus AARNIO "Las reglas en serio" in *Normatividad del Derecho*. Barcelona: GEDISA, 1997, p. 17.

principales divergencias puntualmente, conviene, en un primer momento, referirlas de una forma más general.

La tesis de demarcación fuerte está basada en la concepción de WITTGENSTEIN de regla, para quien las reglas (sean ellas jurídicas o semánticas) son como los carriles de los trenes: o se siguen o no. No hay vía intermedia. Incluso, las reglas admiten excepciones, pudiendo ser sustituidas por otras reglas más específicas cuando existan circunstancias particulares (conflicto aparente). Sin embargo, habiendo conflicto real entre reglas, una de ellas es alejada y, quizás, deja de formar parte del orden jurídico a partir de la actuación de reglas de interpretación tales como la máxima del *lex posterior derogat anterior*. Las reglas presentan, incluso, una solución para el caso, de forma que no es necesaria la construcción de una solución: basta con seguirla o alejarla. En el caso de los principios, no ocurre lo mismo. Los principios no traen soluciones predeterminadas, sino que solamente proporcionan bases o criterios para una decisión y, por eso, son conocidos como *mandatos de optimización*.⁴⁵⁶ Los principios interaccionan continuamente con otros principios opuestos, no siendo invalidados, pero sí ponderados, por lo que se dice que poseen dimensión de peso. De acuerdo con la lógica de los principios, éstos se aplican solamente a partir de un caso concreto, dado que no hay una lógica de preferencia entre los principios. Así, es a partir de una situación concreta cuando se verifica a qué principio se ha atribuido mayor peso. De esa relación se forma lo que se conoce por “regla de preferencia”, según la cual, en las condiciones “x” el principio “y” tiene preponderancia o accede frente al principio “z”.

También la tesis de la demarcación débil tiene por fundamento otra construcción wittgensteiniana, la de “parecido de familia”. Según esta tesis, tal como pasa con los familiares, las reglas y los principios se parecen, pero no son completamente idénticos. Presentan una diferencia de grado, aunque no cualitativa, entre sí. Aunque se reconozca en los principios una mayor generalidad, tanto éste como las reglas son normas jurídicas y, por eso, desempeñan funciones semejantes en el ordenamiento jurídico. No hay características especiales que permitan una distinción cualitativa entre reglas y principios. Mismo si considerados criterios valorativos, de presencia más evidente en los principios, se debe considerar que tales criterios también están presentes en las reglas, siendo la diferencia tan

⁴⁵⁶ Expresión acuñada por R. ALEXY.

solamente una cuestión de grado. En este caso, no habría la necesidad de teorías específicas y separadas de interpretación para reglas y principios, pero métodos únicos de aplicación de normas jurídicas. En la síntesis de COMANDUCCI, la diferencia estaría así establecida:

Según la tesis de la separación fuerte, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de principios y reglas, de la diversidad en la argumentación a partir de principios o a partir de reglas, y de la diversidad en la solución de los conflictos entre principios y entre reglas. Estas últimas diferencias son variables dependientes de la diversa tipología de las normas. En cambio, según la tesis de la separación débil, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de los conflictos. Estas últimas son condiciones disyuntivamente suficientes, pero quizás no necesarias, de la diversa tipología de las normas.⁴⁵⁷

Los defensores de la tesis de la demarcación débil parten del planteamiento de que también las reglas poseen una dimensión axiológica, de modo que en muchos casos también esta especie normativa estaría sujeta a un modo de interacción con otras normas regido por la ponderación, y no por simples relaciones de *todo o nada*, o sea, invalidación o no-aplicación.

En relación con ese problema, no tenemos duda sobre la existencia de una dimensión axiológica que puede estar contenida en las reglas. Incluso, parecen existir dos diferencias esenciales entre principios y reglas, que determinan la existencia de un modo diverso de interacción.

La primera se refiere a este contenido axiológico. En las reglas, es evidente la existencia de esa dimensión. Lo que ocurre es que en ellas, el contenido valorativo es secundario. Hay incluso, como ya visto, diferentes tipos de reglas donde la dimensión valorativa cambia para más o para menos, sirviendo, inclusive, para fundamentar su no-aplicación. Las *reglas de fin*, por ejemplo, expresas por la fórmula “se debe hacer X para alcanzar Y”, tiene carga axiológica mayor, por ejemplo, que reglas de medio, resumidas simplemente en “se debe hacer X”. En ninguno de los casos, incluso, poseen carácter axiológico comparable a los principios, cuya fuerza axiológica es la característica principal (“debe ser X”). Como bien resume CIANCARDO, “los principios reconocen bienes que son intrínsecos a

⁴⁵⁷ COMANDUCCI, P., *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, ct., p. 93-94.

los propios principios, y por eso apuntan a estados de cosas y no establecen cursos de acción concretos; las reglas, en cambio, apuntan para alcanzar bienes que son extrínsecos a ellas, y lo hacen estableciendo cursos de acción concretos.”⁴⁵⁸ Luego, las reglas poseen innegablemente contenido axiológico, pero esta dimensión es secundaria en ellas. Es secundaria porque viene precedida de una solución jurídica ya predeterminada.

Esta solución jurídica, por tanto, es la segunda característica que determina su particular forma de interacción con otras normas. Esto por una razón muy sencilla: ningún caso admite la aplicación de dos soluciones al mismo tiempo.⁴⁵⁹ Luego, si tenemos que el resultado de la ponderación es siempre una regla de ponderación que determina la creación de una solución al caso concreto, tenemos que, en el caso de cuestionamiento de ese proceso la solución prevista por la regla: 1) la solución de la regla permanece, 2) la solución de la regla no permanece. Es esto, por tanto, la caracterización del modo *todo o nada*. Veamos que nada impide que delante de una solución prevista en determinada regla que colisiona con otro(s) principio(s) jurídico(s) sea establecido un proceso de ponderación por el intérprete, entre las razones jurídicas para aplicar la solución de la regla y las razones en contrario. En ese caso, el objeto de la ponderación será necesariamente uno: la *solución de la regla*.⁴⁶⁰ Además, aunque eso no sea decisivo, entre las razones en

⁴⁵⁸ CIANCARDO, Juan. “Principios y reglas: una aproximación desde criterios de distinción”, cit., p. 904.

⁴⁵⁹ Conforme observan ATIENZA y MANERO, al modo de aplicación definitivo de las reglas es su principal característica: “[...] la insistencia, plenamente razonable, de Pietro en que las reglas «ofrecen siempre una textura abierta o validez potencial en su significado» ni quita ni pone en relación con el problema de la configuración «cerrada» de sus condiciones de aplicación. Porque lo que las reglas configuran a nuestro juicio de forma «cerrada» son los casos genéricos que constituyen sus condiciones (genéricas) de aplicación, mientras que el problema de la textura abierta o vaguedad potencial se da en otro ámbito, en el de la subsunción de casos individuales en tales descripciones genéricas.” (*Las piezas del Derecho*, cit., p. 54).

⁴⁶⁰ Mismo críticos de la separación fuerte, como Humberto ÁVILA reconocen que, es característica de las reglas ofrecer una solución *prima facie* para determinado conflicto de intereses ya detectado por el Poder Legislativo. De esa forma, “exercem uma função definitiva (da concretização), na medida em que delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios” (ÁVILA, H., Principios e regras, cit., p. 82-83). En otras palabras, en las reglas es posible encontrar una solución *prima facie*, previsto abstractamente, al conflicto de intereses en causa – en el caso, evidentemente, de haber una regla aplicable. De esa forma, esa solución prevista por la regla configura un argumento extra en el sentido del respeto a la decisión contenida en la regla, o, en las palabras de ÁVILA, una “trinchera” de superación de la regla. En razón de eso, “se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira”. (*Idem*, p. 83). Con respecto a eso, continúa ÁVILA con paréntesis que entendemos pertinente: “A esse respeito, convém registrar a importância de rever a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão de uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico. Essa concepção parte de dois pressupostos: primeiro, de que um princípio vale mais do que uma regra, quando, na verdade, eles possuem diferentes funções e finalidades; segundo, de que a regra não incorpora valores, quando, em verdade, ela os cristaliza. Além disso, a idéia subjacente de reprovabilidade deve ser repensada. Como as regras possuem um caráter descritivo imediato, o conteúdo

favor de la aplicación de la solución de la regla estarán presentes los principios que la amparan axiológicamente, una vez que generalmente hay principios que la fundamentan. Lo definitivo, entretanto, es que todo el proceso de ponderación tendrá por base la solución prevista en la regla. Sólo tras su alejamiento le será posible al intérprete construir, por ejemplo, la solución que entienda más adecuada.⁴⁶¹ Por eso DWORKIN menciona la solución producto de la ponderación como *mejor solución*, diferenciándola de la solución de la regla, *todo o nada*, por ser jurídicamente aceptable o no.⁴⁶²

De esta forma, entendemos que no hay una ponderación de reglas, pero la ponderación entre razones (de entre las cuales puede estar, secundariamente, contenido el valor axiológico de una regla), cuyo objeto es una prueba de la juridicidad de la solución apuntada por la regla. El resultado de esa ponderación podrá ser solamente: la confirmación de la solución de la regla o su alejamiento o invalidación. Luego, *todo o nada*.

Coincidimos, entretanto, con la restricción de AARNIO en el sentido de que la tesis de la demarcación fuerte no está válida para la identificación a nivel lingüístico, en razón de la existencia de determinadas normas que, por su formulación, permiten

do seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios, cujo caráter imediato é apenas a realização de determinado estado de coisas. Sendo assim, mais reprovável é descumprir aquilo que “se sabia” dever cumprir.” (*idem*, p. 83-84).

⁴⁶¹ En lo que le toca al reconocimiento de carga axiológica de las reglas, tenemos también que esta no precisa llevar a una relación de ponderación. El hecho de que las reglas prescriben acciones concretas demanda: 1) que para que no sean aplicadas deben ser, primero, invalidadas; 2) nada impide que una vez invalidadas en los confrontes con otras normas – incluso principios – el intérprete construya una otra solución en su lugar; 3) todavía, para eso debe invalidar la regla en el caso concreto (ATC), mismo que válida en abstracto (PF), lo que le impone al intérprete una carga argumentativa extra. Veamos que la estructura de regla de fin está definida como “se debe hacer Y para alcanzar X”. Luego, poseen innegable fundamento axiológico. Consideramos perfectamente posible al intérprete dejar de aplicar la regla, por entender que la obligación prevista en la regla “deber-hacer” Y es, en el caso concreto, inaceptable jurídicamente o insuficiente para alcanzar “X”. Sin embargo, podrá considerar en el caso concreto (ATC) que el propio fin buscado por la regla es antijurídico. En ese caso, invalidará la regla (invalidar parte de la regla es lo mismo que invalidar la regla, pues le quita el trazo diferencial) y construirá una solución como si estuviera en su ausencia. Todavía, la necesidad de, primero, alejar la regla por sí sola, entendemos, caracteriza un modo diverso de aplicación. Bastara al intérprete simplemente interpretar la regla como principio, simplemente desconsiderando el “deber-hacer” que la caracteriza, estaríamos plenamente de acuerdo con la tesis de la demarcación débil. Pero esta no nos parece la opción más correcta.

⁴⁶² Como agrega Glória LOPERA MESSA: “No obstante, al tiempo que se afirma lo anterior se sostiene, por otro lado, la prevalencia de las reglas sobre los principios, argumentando que aquellas tienen un carácter *prima facie* diferente y esencialmente fuerte respecto al que poseen los principios. La razón de esta mayor fuerza de las reglas radica en que éstas, además de venir respaldadas por principios sustanciales, cuentan con el apoyo de *principios formales* que ordenan seguir las determinaciones impuestas por una autoridad legítima.” (LOPERA MESSA, Glória. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados* p. 105)

una interpretación como reglas o como principios, pudiendo el intérprete optar por una o por otra.⁴⁶³

3.3.2 Diferencia estructural o de enunciado lingüístico

Una de las principales diferencias entre las reglas y los principios –y tal vez la más antigua– apuntada por la doctrina es aquella referente al modo de formulación del dispositivo que da origen a determinada norma, sea ella regla o principio. Tal método de diferenciación parte de la consideración de la estructura tradicional de formulación del enunciado de una regla, el que está constituido de: 1) un supuesto de hecho, por el que se identifica la situación que será tutelada e, indirectamente, el bien jurídico que se quiere proteger. Se dirige, por lo tanto, “al que celebrar un contrato”, “al que matar”, etc.; 2) de un nexo deóntico, que representa lo que se espera de aquel que practica la acción u omisión descripta, “deberá pagar”, “será punido”,...; y 3) la determinación de una consecuencia jurídica, tal como “con una multa del doble del valor ya pagado”, “con 10 años de reclusión”, etc.

Esta estructura cerrada, determinada, de formulación normativa permitía la aplicación de un método más simple de interpretación, al que se denominaba subsunción. Conforme ya tuvimos la oportunidad de tratar, solamente era considerado derecho aquello que estuviera incluso dentro de ese modelo normativo cerrado, negándose efectos jurídicos a otros modelos normativos, porque su aplicación violaría al sistema de fuentes jurídicas, siempre concentrados en el legislador y en la ley. Además, la aplicación de tal método garantizaría los bienes jurídicos “certeza”, “seguridad jurídica” e “igualdad ante la ley”, de forma que toda la construcción que traspasara lo previsto en la ley constituía abuso al derecho individual del ciudadano.⁴⁶⁴

⁴⁶³ “La tesis de la demarcación fuerte no es válida a nivel lingüístico. Por lo que respecta a la incertidumbre, no hay diferencia entre una formulación normativa cognitivamente abierta (RP) y una formulación de principios valorativamente abierta (P). No es posible PF señalar exactamente los casos cubiertos por la formulación en cada categoría. Cuando son interpretados TCF, ambos constituyen una regla precisa y expresa. La tesis de la demarcación fuerte sólo es válida si el análisis implica una regla no ambigua (R o PR) y un (valor) principio propiamente dicho (P).” (AARNIO, Ailius. *Las reglas en serio*. cit., p. 32).

⁴⁶⁴ Vid los contornos del principio de la legalidad tratado en el capítulo anterior.

A partir del reconocimiento de los principios como verdaderas normas –y de la ciencia de que posibilitaban un grado mucho mayor de indeterminación al derecho y un aumento considerable de la discrecionalidad judicial– se da inicio a teorías que se proponen a trazar criterios distintivos entre principios y reglas. Así, partiendo de la estructura de formulación de las normas jurídicas, Josef ESSER ya definía los principios como normas que establecen fundamentos para que determinado mandamiento sea encontrado, mientras las reglas ya traen consigo esa decisión. En el mismo sentido, Karl LARENZ definía los principios como normas más generales, en la medida en que establecen fundamentos normativos para la interpretación y aplicación del derecho. Pueden influir en la toma de una decisión normativa, pero no contienen, *a priori*, esa decisión. Tal criterio, que se conoce por *estructural*, se caracteriza, por tanto, por la consideración de que a partir del enunciado normativo, es decir, del modo de positivado de la norma, se hace posible verificar si esa posee características de regla o de principio, conforme presente una estructura más cerrada o abierta, respectivamente. Así, las reglas serían la especie de normas en cuya formulación está claramente identificable un supuesto de hecho, relacionado a consecuencias jurídicas, a partir de un nexo deóntico. Los principios, de acuerdo con tal concepción, constituirían normas abiertas, que claramente hacen la opción por la protección de un bien jurídico, pero tienen limitada la indicación de la consecuencia jurídica esperada. Si de un lado tienen aumentada la posibilidad de regular mucho más situaciones de hecho que las reglas, tendrían, de otro lado, perjudicada su aplicación.

Ese criterio de distinción no significa, en absoluto, que en el caso de las reglas la clareza en la aplicación es absoluta. Tal estructura, de forma alguna, garantiza siempre la eliminación de dudas y controversias en la actividad interpretativa. Mismo las reglas, por más cerradas que se mostrara su estructura, estaban sujetas a zonas de penumbra en el proceso de atribución de significado a los términos que preveían. Ejemplo clásico es la formulación de H.L.A. HART para explicar lo que consideraba normas *“open texture”*, en la regla de prohibición de vehículos en determinado parque. La cuestión, que no presenta problemas para el caso de un vehículo privado normal, no mostraba la misma clareza cuando considerada la posibilidad, por ejemplo, de una bicicleta, de la policía entrar con

vehículos para patrullar, una exposición del ejército en el local, mostrando tanques de guerra, la posibilidad de entrada de una ambulancia, etc.

Pero, cuando mencionamos la estructura abierta o cerrada de las normas jurídicas, no nos estamos refiriendo a esa duda sobre su interpretación, como ocurre en el ejemplo de arriba, sino la presentación o no de una estructura de regla. Por estructura de regla entendemos enunciados que contengan los tres elementos esenciales atribuidos como características de las reglas (supuesto de hecho, nexo deóntico y consecuencia jurídica), lo que permite, una vez constatada la incidencia de la regla, determinar la consecuencia jurídica aplicable, no habiendo, pues, la necesidad del intérprete construir esa solución al caso. Basta con aplicarla. Si considerado, entonces, el ejemplo de HART, hay una innegable actividad interpretativa en el sentido de construcción de sentido jurídico al término “vehículo”, principalmente delante de casos más paradigmáticos. Incluso, una vez decidido sobre ese concepto, el comando de la norma es evidente: la prohibición de su entrada en el parque. Así, todas las normas –hasta las reglas más evidentes– pueden presentar indeterminaciones semánticas. Estas indeterminaciones, entretanto, no afectan al carácter de regla, porque no se refieren a su estructura.

Situación algo diversa ocurre con las normas a las que les falta alguno de los elementos que guían la acción del intérprete a la solución pretendida por la norma. En general, le falta la definición de la consecuencia jurídica, de modo que, para aplicarla, el intérprete debe optar por una solución entre una gama extensa de posibilidades, de acuerdo con el caso en cuestión. Ejemplo claro de esas normas, tendríamos los principios como “mandados de optimización”, donde hay una descripción relativamente clara del supuesto de hecho (aunque generalizado), con un nexo deóntico poco claro y generalmente desprovistos de consecuencias jurídicas. Así, en la norma que determina que “la salud es derecho de todos y deber del Estado y debe ser garantizada a través de políticas públicas”, tenemos que las dificultades de aplicación no se resumen a la identificación de un significado jurídico para el término “salud” (algo que puede ser muy discutido). Delante de un caso concreto, si entiende de emitir una decisión condenatoria, el intérprete debe

especificar cuales las consecuencias jurídicas que surgen de la norma, aumentando decisivamente su protagonismo en el proceso de creación del derecho.⁴⁶⁵

En defensa de la importancia y validez de la diferenciación entre principios y reglas por el criterio estructural, en el sentido de que la forma de como formulados los enunciados normativos permite una identificación *prima facie* de un principio o regla, tenemos la posición de ATIENZA y MANERO:

Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de interpretación puede haber casos de penumbra).⁴⁶⁶

En nuestra opinión, tal criterio será válido en el sentido de posibilitarle al intérprete un primer indicativo de que determinada norma constituye un principio o una regla, esto es, conforme la presencia o no de un consecuente, es decir, una solución predeterminada. Una vez que entendemos que hay la necesidad de una identificación, *prima facie*, de un principio o regla, porque dependiendo del caso se demanda una carga argumentativa diversa por parte del intérprete, el criterio estructural, aunque falible, es relevante.

Es falible porque debemos considerar que un análisis más esmerado permite encontrar algunas normas que no siguen esa línea estructural estricta para reglas y principios. Es posible encontrar enunciados cuya formulación no permite afirmar expresamente si delante de una regla o un principio. Es a partir de esto que AARNIO

⁴⁶⁵ Reconocemos que dependiendo del tipo de regla y del tipo de principio, pueden sensiblemente disminuir los criterios de diferenciación estructural. Utilizamos los ejemplos de los principios como mandatos de optimización, porque estos parecen estar fuera de la considerada zona de penumbra. Problemas de identificación bajo apunados, por ejemplo, por BARRANCO ÁVILES, cuando afirma que: "En el primero de los niveles de análisis – estructural –, la distinción entre principios y reglas pasa a su vez por la diferenciación entre reglas de acción y reglas de fin y por otra la distinción (semejante a la de Dworkin) entre los principios en sentido estricto y las directrices. Efectivamente, las reglas, lejos de constituir una categoría estructuralmente homogénea, pueden ser de acción o de fin según nos encontremos ante enunciados que califican 'deónticamente' una 'determinada conducta' o 'la abstención de un cierto estado de cosas' respectivamente. De forma correlativa, los principios tienen una estructura condicional similar a la de las reglas de acción, las directrices, por el contrario, tienen una estructura semejante a la de las reglas de fin." (Barranco Avilés. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* p. 152). En esa línea también ATIENZA y MANERO son de la opinión de que lo que llaman *principios en sentido estricto* presentan soluciones normativas, tal como las reglas. Lo que los difiere, todavía, es que en el caso de los principios, estas se configuran de forma abierta, mientras en la regla lo hacen de forma cerrada.

⁴⁶⁶ ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho.*, cit., p. 31.

construye su idea de que, entre reglas y principios, se encuentran las *reglas que parecen principios* y los *principios que parecen reglas*. De esa forma, el criterio estructural es perfectamente aplicable para los primeros, permitiendo su identificación como *regla* o *principio*, conforme los ejemplos presentados.

Tal como anteriormente se ha apuntado, el reconocimiento de una norma como principio permite conferirle a la norma una aplicabilidad mucho más amplia, porque no estará restringida a una situación predeterminada prevista en el antecedente de la norma. Por otro lado, por la imposibilidad de los principios de presentarse como razones perentorias, por veces la comprensión de una norma como regla permite que se atribuya a determinado valor una rigidez tal, que no le permite acceder delante de otros principios. Así que el ordenamiento – entiéndase, los tribunales– pueden en ciertos casos optar por la lectura de determinada norma como regla o como principio. En esos casos, la diferencia estructural no será de gran valía, siendo necesario considerar su utilización jurisprudencial. Es ese el caso de los *principios que parecen reglas* y de las *reglas que parecen principios*.

Como ejemplo podríamos citar dos normas de redacción prácticamente idéntica, donde una es considerada regla y otra, principio. La prohibición de la pena de muerte contenida en algunos ordenamientos es formulada estructuralmente de la misma manera que la prohibición al tratamiento desigual. Sin embargo, la primera trata de situación más específica donde es de interés del intérprete su lectura como regla para impedir que acceda cuando se oponga a algún otro principio. Por otro lado, tendríamos la norma de prohibición a la discriminación por motivos de raza, credo o color. Una lectura meramente de acuerdo con los criterios del enunciado de la norma, lleva a la conclusión inequívoca de que tal norma constituye una regla, en el sentido de que cualquier discriminación en la aplicación de la ley está absolutamente prohibida. Entretanto, debido a la apertura de su antecedente, y al interés en la defensa de valores propios de los estados plurales - tal como la reducción de desigualdades, la promoción de acceso igualitario a bienes y el establecimiento de discriminaciones positivas -, conviene al intérprete la comprensión de tal norma como principio.⁴⁶⁷ Tal hecho permite, por ejemplo, el

⁴⁶⁷ Es el indiscutible carácter de principio de la norma de igualdad que lleva Francesco RUBIO LLORENTE a afirmar que solamente puede ser aplicada si confrontada con la situación concreta: “toda igualdad es siempre relativa, y, por eso, relativa, pues solamente en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada.” (RUBIO

desdoble de la igualdad en igualdad formal y sustancial o su convivencia en ordenamientos que prevén dispositivos consagrando tanto una como otra. De esa forma, el dispositivo en cuestión, para adecuarse a la igualdad sustancial, debe funcionar como principio y, de esa manera, posibilitar normas que dispongan, por ejemplo, sobre sistemas de cuotas de ingreso en universidades, leyes diferenciadas de acceso a cargos públicos para deficientes, reglas de jubilación más blandas para las mujeres. En ambos los casos, la igualdad funciona no como medio, sino como fin y, por lo tanto, tiene clara función de principio, en tanto que así es conocida.⁴⁶⁸

En la misma línea - de que solamente es posible considerar la existencia de una regla o principio tras su proceso de interpretación -, Humberto ÁVILA también define el criterio como insuficiente:

[...] mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como um princípio. A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação, nem incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação. Essa relação deve ser, nos limites textuais e contextuais, coerentemente construída pelo próprio intérprete. Por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém ou é um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo,

LLORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", in Revista Española de Derecho Constitucional, n. 31, 1991, p. 12).

⁴⁶⁸ De forma muy clara el problema está identificado por Glória LOPERA MESSA, principalmente en la parte que se refiere a los derechos fundamentales: (...) la indeterminación de los contenidos materiales de la constitución como principios permite dar cabida a formas de realización "atípicas" o novedosas de los valores y de los derechos recogidos en la constitución, lo que en un modelo de reglas no sería posible por estar fijadas con detalle las modalidades concretas de satisfacción de aquellos valores y las modalidades "típicas" de ejercicio de los derechos. Ello permite explicar por qué la jurisprudencia constitucional generalmente apela a principios con un alto grado de abstracción (dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, entre otros) para justificar la protección constitucional en supuestos que no encuentran fácil acomodo en otros derechos de contenido más específico. Sin embargo, invirtiendo el argumento cabría admitir que, del mismo modo, la indeterminación de este tipo de normas también posibilita la reducción del contenido iusfundamentalmente protegido. Así por ejemplo, seguramente la sola admisibilidad de la pena de muerte. De ahí que en algunas ocasiones los enunciados sobre derechos sean formulados de modo que siempre sean interpretados como reglas ("no habrá pena de muerte", art. 11 C. Col.), lo que ocurre cuando se quiere otorgar una protección reforzada a ciertos derechos o sustraer algunos supuestos específicos de la indeterminación y discrecionalidad que en mayor medida envuelve la aplicación de los principios. (LOPERA MESSA, Glória. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados* p. 60). En el mismo sentido R. ALEXANDER: "No faltan referencias al papel que en los contextos de derechos fundamentales juega la distinción entre reglas y principios. No pocas veces las normas iusfundamentales son llamadas 'principios'. Desde luego, con mayor frecuencia se subraya el carácter de principios de las normas de derechos fundamentales de un manera no tan directa. Como habrá de mostrarse, esto se realiza cuando, por ejemplo, se habla de valores, de objetivos, de formulas abreviadas o de reglas de la carga de la prueba. En cambio, se hace referencia al carácter de reglas de las normas de derechos fundamentales cuando se dice que la Constitución debe ser tomada en serio como ley o cuando se señala la posibilidad de una fundamentación deductiva, también en el ámbito de los derechos fundamentales. Sin embargo, este tipo de caracterizaciones se mantienen, por lo general, a nivel de insinuaciones. Lo que falta es una distinción precisa entre reglas y principios y su utilización sistemática." (ALEXANDER, R. *Teoría General de los derechos fundamentales*, cit., p. 82).

*porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como princípio ou como uma regra.*⁴⁶⁹

A partir de tal premisa, asociado a ejemplos que comprueban su teoría, concluye que “el calificativo de principio o regla depende del uso argumentativo, y no de la estructura hipotética.”⁴⁷⁰ Según entendemos, a pesar de correcta la primera afirmación de ÁVILA, en el sentido de que el calificativo de principio o regla depende de su uso argumentativo, no significa, necesariamente, la ausencia de importancia de la estructura hipotética, como lo quiere hacer creer.⁴⁷¹ Inicialmente porque, según defiende el propio autor, las posibilidades de interpretación en el derecho son amplísimas, lo que no significa decir que no sean ilimitadas. Por tanto, nos parece que la posibilidad de interpretación de determinadas normas como principios o reglas no es extensible a todas las normas, como se entiende de su posicionamiento, sino solamente a algunos tipos de enunciados normativos (según nuestra opinión, mayoritariamente normas prohibitivas). Cuando, por ejemplo, el intérprete está delante de un tipo de dispositivo absolutamente cerrado en cuanto a la situación fáctica y trae expresas consecuencias jurídicas, no se puede dejar de identificarlo como una regla. Como ejemplo, tendríamos los tipos penales.⁴⁷²

⁴⁶⁹ ÁVILA, H., *idem*, p. 33. Todavía, es importante subrayar que, aunque utilizando la doctrina de ÁVILA, alertamos que este se refiere a prácticamente todas las normas, mientras nuestra posición es en el sentido de que este raciocinio es aplicable sólo a aquellas clasificadas por AARNIO en nivel intermediario, o sea, *reglas que parecen principios y principios que parecen reglas*.

⁴⁷⁰ ÁVILA, H., *idem*, p. 33

⁴⁷¹ Sobre el asunto, es muy común verificar que al mismo tiempo que niegan la relevancia del criterio estructural, muchos autores de ella se valen. Ejemplo de eso está en la definición de ÁVILA al destacar el carácter perentorio de la solución apuntada por la regla. Conforme el autor: “Já no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a *trincheira* decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas. É a própria regra que funciona como razão para a adoção do comportamento. Adota-se o comportamento porque, independentemente dos seus efeitos, é correto. A autoridade proveniente da instituição e da vigência da regra funciona como razão de agir. As regras poderiam ser enquadradas na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*). Para seguir no exemplo já utilizado, a violência sexual só deixa de ser presumida se houver motivos extravagantes com forte apelo justificativo, como a aquiescência manifesta da vítima e a aparência mental de pessoa mais velha. Enfim, no caso da aplicação de regras o aplicador também pode considerar elementos específicos de cada situação, embora sua utilização dependa de um ônus de argumentação capaz de superar as razões de cumprimento da regra.” (p. 41) Aunque concordemos absolutamente con lo afirmado por el profesor gaucho hasta ese punto, no concordamos con la conclusión que extrae de esa presuposición, cual sea de que: “**A ponderação é, por consequência, necessária.** Isso significa que o traço distintivo não é o tipo de obrigação instituído pela estrutura condicional da norma, se absoluta ou relativa, que irá enquadrá-la numa ou noutra categoria de espécie normativa. É o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa.” (ÁVILA, H., *Teoria dos princípios*, cit., p. 41). La cuestión es que, para poder justificar, es necesario que el intérprete tenga un parámetro para evaluar si está delante de una regla o principio. Y ese criterio, sólo puede ser el estructural.

⁴⁷² Conforme ÁVILA: “Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivos contém uma regra ou um princípio. Essa

Así, nos parece correcto el posicionamiento de Riccardo GUASTINI, que utiliza el criterio estructural no de forma definitiva, sino como una de las varias formas de apuntar criterios de diferenciación entre principios y reglas.⁴⁷³ Si de un lado hay normas que eventualmente permiten una consideración como reglas o principios, hay, de otro, una infinidad de otras normas (la mayoría) que no permite ese tipo de interpretación. De esa forma, el criterio estructural no puede ser descartado, principalmente en la consideración *prima facie* de las normas. Implica, incluso, en cuestiones de técnica legislativa, en el momento en que – dependiendo de la forma de positivado– se le permita al intérprete ensanchar el alcance o enfocar en la fuerza de aplicación para determinadas normas y estar vinculado a su naturaleza de regla o principio para otras. Es posible, entonces, crear normas que

qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem.” (ÁVILA, p. 26). La citación muestra claramente la posición de ÁVILA en el sentido de destacar la diferenciación entre dispositivo y norma, mostrando que entre uno y otro habrá una actuación del intérprete. Conforme ya abordamos en el punto relativo a criterios fuertes y débiles de diferenciación, la proposición de ÁVILA nos parece, de alguna forma, exagerada, porque desconsidera que de la lectura de dispositivo hasta hacerse norma, habrá como producto un enunciado. Un enunciado normativo que no sólo tendrá características estructurales propias de principio o regla, pero que deberá ser clasificado (de acuerdo con esas características), como principio o regla pelo intérprete, de forma que este pueda proceder al proceso de interpretación propio de estos tipos cualitativamente diversos de norma. Eso se da porque ÁVILA parece no considerar que el producto de la interpretación del dispositivo será también un enunciado abstracto. Esa parece ser nuestra mayor – y tal vez única - divergencia con ÁVILA. Conforme entendemos, en la mayoría de los casos, la estructura de la norma no sólo puede como debe ser considerada para una clasificación *prima facie*. Si, es verdad, hay algunos casos dudosos, como referidos, hay muchos otros que no lo son. Además, una consideración *prima facie* es incluso fundamental para la doctrina cuando analiza casos dudosos, donde el intérprete debe revelar su opción interpretativa y, a partir de ahí, desarrollar el método de interpretación propio. Cuando el propio autor trabaja con definiciones de reglas y principios, se hace valer de definiciones *prima facie* fornecidos por el carácter estructural. Conforme ÁVILA: “O importante é que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um *estado de coisas* que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção. Adota-se um comportamento porque seus efeitos contribuem para promover o fim. Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*). Por exemplo, a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. O princípio, porém, não indicará quais são, precisamente, esses comportamentos.” (ÁVILA, p. 40-41) En el caso citado, parece que el propio ÁVILA traza criterios de diferenciación estructural como punto de partida para sostener su inexistencia. ¿Cómo entonces, sostener la irrelevancia del criterio? Para nosotros, tal criterio no é infalible, sino relevante, una vez que mismo los que son en contra se valen de él.

⁴⁷³ “En efecto, un ejemplo de aproximación a los principios que se suma a lo que he denominado como demarcación débil lo encontramos en R. Guastini. Este autor plantea la posibilidad de caracterizar los principios atendiendo a tres criterios: su relación con otras normas, su formulación lingüística o su generalidad. [...] En atención al segundo criterio, también se consideran principios las normas formuladas en términos vagos, que dan lugar a un amplio margen de discrecionalidad. Sin embargo, el autor criticará este criterio de distinción. En su opinión todas las normas tienen una zona de penumbra, por lo que la determinación del margen de incertidumbre a que debe dar lugar una norma para poder considerarla principio es también cuestión de grado. En cuanto a la idea de generalidad, se trata, como la indeterminación, de un concepto relacional.” (Barranco Avilés. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* p. 147).

tengan esa doble posibilidad interpretativa y formular otras de forma que no tengan esa posibilidad.

Conviene resaltar con respecto a este punto que, conforme entendemos, el reconocimiento de normas que permiten una interpretación como regla o principio es muy diversa de muchos ejemplos tratados en la doctrina sobre la existencia de una regla a partir de la cual se extrae un principio. Entendemos, por los motivos aquí expuestos, que reglas y principios son normas cualitativamente diversas, ejerciendo funciones diversas en el ordenamiento. Luego, o bien un enunciado expresa una regla o expresa un principio. Es evidente que en muchos casos, tal como esclarecido preliminarmente, una regla puede ser llamada por principio en razón de un uso equivocado: no obstante siga actuando como regla. Si consideramos, por ejemplo, el art. 5º, XI, de la Constitución brasileña tenemos que:

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em casos de flagrante delito ou de desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Este dispositivo es considerado una regla, porque contempla todas sus excepciones previstas y cuenta con aplicación jurisprudencial como razón definitiva.⁴⁷⁴ Es, por lo tanto, una regla que parece principio. Sin embargo, es conocida en la doctrina como principio de la inviolabilidad *del domicilio*.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ Su enunciado de norma prohibitiva sin la consecuencia específica (ex. sanción o pena), permite ser clasificada como *regla que parece principio*.

⁴⁷⁵ Hay, aún, otros casos, en los que a partir de una regla vigente se crea un principio jurídico. Se trata, por ejemplo, de la consideración de ÁVILA de que a partir de un mismo enunciado es posible extraerse, a veces, una norma y otras o principio, de modo que solamente es posible esa definición tras su aplicación.

Uno de los ejemplos utilizados por ÁVILA consiste en un enunciado constitucional según el cual la institución o aumento de tributos solamente puede alcanzar hechos generadores ocurridos después de la vigencia de la ley. Según el autor, será aplicado como *regla* si el aplicador lo entienda como mera exigencia de publicación de la ley antes del hecho generador, pero puede ser aplicado como principio si el aplicador lo concrete con la finalidad de realizar el valor *seguridad* para prohibir el aumento del tributo en medio al ejercicio financiero o el valor *confianza* para prohibir el aumento de alícuotas cuando el Poder Público se comprometió a no hacerlo. Veamos que en ese caso, a pesar de que la estructura normativa permite tal interpretación como principio, ante la ausencia de una sanción: a) conforme informa ÁVILA, el enunciado fue interpretado como regla, b) para que sea interpretado como principio, no necesita de mención a otros valores como utiliza en el ejemplo, contiene en sí esa carga axiológica.

Conforme entendemos, se trata de un equívoco. Es cierto que determinadas clases de reglas y principios pueden generar dudas sobre su naturaleza, demandando un análisis de la interpretación conferida (*reglas que parecen principios* y *principios que parecen reglas*). Todavía, conforme entendemos, una vez determinada esa naturaleza, esta se mantiene inalterada. Puede ocurrir que, en razón de su importancia y del valor axiológico que tiene por detrás, una *regla* sea utilizada en otras situaciones, como principio. En ese caso, no estamos tratando de su supuesto fáctico pues, en esos casos, solamente podrá funcionar como regla (¡si no regla no será!). Para otras situaciones, está libre el intérprete en *crear* principios o descubrirlos en el ordenamiento, desde que, para eso, pase por la regla de reconocimiento. Esto nos

Se trata, por tanto, de caso de mala utilización del término principio.

De esa manera, tenemos que el criterio estructural es adecuado para la identificación de normas que no demanden un mayor grado de dificultades, cuales sean las reglas que presentan soluciones jurídicas definitivas y los principios más claros como, por ejemplo, los principios como mandados de optimización. El criterio, todavía, es falible, pudiendo ser complementado por otros en el caso de normas cuyo enunciado no permita descubrir su naturaleza, tal como ocurre con las reglas que parecen principios o los principios que parecen reglas.

3.3.3 Diferencia por el método de aplicación

De entre todos los métodos utilizados para la distinción de reglas y principios, el que se presenta como más popular en la doctrina es el relativo al método de aplicación. Tal criterio de diferenciación tiene como origen la concepción de DWORKIN sobre principios y reglas. Con la finalidad de presentar una crítica a lo que consideraba “método positivista”, presenta una distinción que se basa en el modo de aplicación de los principios, que se distinguen sensiblemente del modelo puro de reglas que caracterizaría, para DWORKIN, el positivismo jurídico.

Según DWORKIN, las reglas se aplican a partir de un método de aplicación *todo o nada*, refiriéndose al caso de que, presentándose las condiciones previstas en su supuesto de hecho de una regla, las consecuencias jurídicas en ella previstas deben ser aplicadas, o bien abandonadas, considerándose inválida la regla. Por el contrario, los principios se distinguen de las reglas porque no traen consigo una solución ya predeterminada, *standard*, pero demandan la construcción de una solución propia, de acuerdo con las condiciones del caso concreto. La decisión, en este caso, le cabe al intérprete, siendo que los principios traen tan solamente fundamentos para que se decida de esta o de aquella forma. Al contrario de las reglas, que traen razones definitivas, los principios poseen solamente dimensión de peso (*dimension of weight*), por lo que deberán ser confrontados con principios contrarios. En ese proceso, llamado ponderación, ninguno de ellos pierde su validez,

parece, todavía, algo muy diverso de la determinación de las condiciones de aplicación de una norma jurídica en relación con el caso concreto.

mismo si preterido por la decisión en favor de un principio contrario. Conforme DWORKIN:

Ambos conjuntos de pautas apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero unos y otros difieren en la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera de todo-o-nada. Si se dan los hechos que estipula una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión [...]. pero no es de esta manera como operan los principios [...]. Ni siquiera aquéllos que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condiciones previstas están satisfechas [...]. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios [...] quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno [...] las reglas no tienen esa dimensión.⁴⁷⁶

A partir de la doctrina de DWORKIN, R. ALEXY, pasa a tratar del método de aplicación considerando que los principios expresan *mandados de optimización*.⁴⁷⁷ Así lo son, porque los principios admiten varios grados de cumplimiento, así como por el hecho de que su grado de cumplimiento puede estar condicionado por factores externos al propio principio. Esas circunstancias externas pueden ser fácticas, en el sentido de las posibilidades de las partes en realizarlas o de comparación con el padrón general de generalización de la solución adoptada en la interpretación del principio (extensión de la decisión), pero también son jurídicas, en

⁴⁷⁶ DWORKIN, R., 1978, p. 24-27, in ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho.*, p. 23.

⁴⁷⁷ ALEXY rechaza claramente los criterios de distinción basados en el enunciado normativo, así como la doctrina que niega la necesidad de una distinción entre reglas y principios, afirmando que se trata solamente de una cuestión "grado de aplicaci" entre normas jurídicas. Segundo ele: "Sobre la base de este tipo de criterios son posibles tres tesis totalmente diferentes sobre la distinción entre reglas y principios. La primera reza: todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y la de los principios, es vano debido a la pluralidad realmente existente. Esto se mostraría, por ejemplo, en el hecho de que los criterios propuestos, de los cuales algunos sólo permiten distinciones de grado, son combinables entre sí de la manera que se desee. Así, no habría ninguna dificultad en imaginar una norma que tuviera un alto grado de generalidad pero que no fuera aplicable sin más, que no hubiera sido establecida expresamente, que lleve en la frente su contenido valorativo, presente una estrecha relación con la idea del derecho, tenga gran importancia para el ordenamiento jurídico y encuentre aplicación como fundamento de reglas y como criterio para la evaluación de argumentos jurídicos. A ello se agregaría el hecho de que aquello que estos criterios, tomados en sí mismos, separan es, a su vez, de un tipo muy heterogéneo. Por ello habría de dirigir la atención a las numerosas similitudes y diferencias, analogías y desemejanzas que se encuentran dentro de la clase de las normas, algo que podría ser captado mejor con el concepto wittgensteiniano de *parecido de familia* que con la división en dos clases. La segunda tesis es sostenida por quien considera que las normas pueden dividirse de una manera relevante en la clase de las reglas y la de los principios pero, señala que esta distinción es sólo de grado. Partidarios de esta tesis son, sobre todo, los numerosos autores que piensan que el grado de generalidad es el criterio decisivo. La tercera tesis dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino *cualitativa*. Esta tesis es correcta. Existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios. Este criterio no se encuentra en la lista presentada pero, explica la mayoría de los criterios en ella contenidos como típicos de los principios, aun cuando no sean los decisivos. Cabe presentarlos ahora." (ROBERT ALEXY, *Teoría General de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993.p. 85-86)

el sentido de verificación de la solución jurídicamente posible en razón de las reglas y principios que se pueden oponer a determinada solución.

De esta forma, las posibilidades de un principio solamente pueden ser estimadas a partir de situaciones concretas, o sea, dependerá de las circunstancias particulares del caso concreto y de los principios involucrados en el proceso de ponderación, los que varían dependiendo de los intereses en causa. De esta forma, no solamente la *ley de colisión* es variable dependiendo del caso, como también las consecuencias jurídicas para el principio también lo pueden ser, pues dependerán de las circunstancias normativas y fácticas para la construcción de una solución.⁴⁷⁸ Como describe ÁVILA, esas condiciones son: normativas, porque la aplicación del principio depende de los principios y reglas que a él se contraponen; fácticas, porque el contenido de los principios como normas de conducta sólo puede ser determinado cuando se halle delante de los hechos.⁴⁷⁹

Por otro lado, las reglas se presenta como normas que exigen un cumplimiento pleno, por lo que o son cumplidas o incumplidas. Dentro de la solución normativa presentada por la regla, no hay otra posibilidad de formulación. O se cumple la solución prevista por la regla, o no se cumple.⁴⁸⁰ El análisis de lo que sea fáctico y jurídicamente posible ya está, por tanto, previamente realizado en la regla en abstracto. La solución más adecuada al caso ya viene, también, predispuesta en la regla en abstracto. Por eso, se hace posible decir que las reglas son razones perentorias.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Conforme ALEXY, los principios “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” (ALEXY, R., *Teoría General de los derechos fundamentales*, cit., p. 86).

⁴⁷⁹ ÁVILA, H., *Principios e reglas*, cit., p. 29.

⁴⁸⁰ “En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre las reglas y principios es cualitativa y no de grado.” (ALEXY, R., *Teoría General de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, .p. 87).

⁴⁸¹ Razones perentorias, para ATIENZA e MANERO, “quiere decir lo mismo que «razones protegidas» (en la terminología de Raz [1991]), a saber, que constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida – en el contexto que nos interesa, para dictar una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla – y una razón de segundo orden para «excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción» - en el mismo contexto, para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de cuál fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar. Las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones «peremptorias» o «protegidas». Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado o adoptado): su origen en dicha fuente es

Lo que se nota a partir de esta perspectiva es la constatación de que reglas y principios son especies diferentes de normas porque: a) en su proceso de aplicación toman por base elementos diversos, mientras las reglas están sujetas a límites normativos, los principios deben considerar límites normativos y fácticos; b) las reglas traen “soluciones listas”, mientras los principios necesitan que se les construya una solución (regla) resultante de su proceso de ponderación; c) reglas y principios exigen cargas argumentativas diversas de parte del intérprete. Partiendo de ahí la afirmación por parte de ALEXY, en el sentido de que no se puede aceptar la fórmula simplificada de que la diferencia entre reglas y principios estaría solamente en el grado de aplicación de normas cualitativamente idénticas.

Es en base a estas diferencias, que autores como DWORKIN, ALEXY y ZAGREBELSKY⁴⁸² abrazan la tesis de la demarcación fuerte, cuando reconocen entre reglas y principios una *diferencia cualitativa*, y no *de grado*, porque sus diferencias demandan un modo de aplicación diverso: la ponderación para los principios y el *todo o nada* para las reglas.⁴⁸³

A pesar de que la tesis de la diferenciación a partir del modo de aplicación cuenta con alto índice de adhesión en la doctrina, esto no la hace inmune a críticas, como la de PRIETO SANCHÍS. El autor español sostiene la inexistencia de un carácter diferencial definitivo entre principios y reglas en razón del modo de aplicación. Considera equivocada la clasificación, porque entiende que el modo de aplicación de las reglas es algo más complejo que el mero *todo o nada*, ya que es imposible prever cuáles son las posibles excepciones a las reglas, una vez que estas dependen del caso concreto. Conforme PRIETO SANCHÍS, son muchos los casos donde las particularidades del caso concreto demandan la creación de una excepción a la solución jurídica predeterminada en la regla. Así ocurre, en razón de

condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones peremptorias.” (ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., p. 35)

⁴⁸² ZAGREBELSKY defiende que: “Por otro lado, también desde el punto de vista de su carácter relativizable, los principios se distinguen de las reglas. Las reglas son aplicables a la manera del <todo o nada>, del *aut-aut*. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que esta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible. No sucede así con los principios, porque éstos presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia.” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil* p. 125).

⁴⁸³ Según ALEXY: “La vía desde el principio, es decir, del derecho *prima facie*, al derecho definitivo, transcurre, pues, a través de la determinación de una relación de preferencia. Pero la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de colisión, el establecimiento de una regla. Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los principios mismo no son nunca razones definitivas.” (ALEXY, R., *Teoría General de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, .p. 103).

la infinidad de combinaciones posibles para las situaciones de hecho en confronto con la limitación (incluso lingüística) de las previsiones en abstracto. Esto produce la necesidad de, en muchos casos, construirse excepciones a las reglas, de modo que ni siempre prevalecería la solución prevista (esto es, no sería ni “todo” ni “nada”).⁴⁸⁴

La crítica de PRIETO SANCHÍS es importante porque aporta relevantes argumentos presentes en la práctica jurídica. Basta con recordar el ejemplo propuesto por ÁVILA para fundamentar su crítica al modelo de diferenciación por el modo de aplicación, consistente en el juicio del crimen de estupro practicado por la forma presumida por parte del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En el caso, había la clara indicación de la aplicación del tipo penal, una vez que comprobada la práctica de acto sexual con un menor de 14 años, lo que, para la ley brasileña (art. 224 do Código Penal), constituye crimen de estupro en la modalidad presumida. Considerando *circunstancias particulares no previstas por la norma*, el Supremo Tribunal Federal consideró que el hecho de la víctima haber consentido, así como por el hecho de que poseía apariencia física y mental de persona mayor de 14 años, acabó por decidir por la no configuración del tipo penal por razones *no previstas por la propia regla*.⁴⁸⁵

En el caso, tal como entendemos, hay la creación judicial de una *excepción no prevista por la regla*, determinada por las circunstancias del caso concreto, en la

⁴⁸⁴ En las palabras de PRIETO: “[...] en efecto, muchas veces en el razonamiento jurídico las reglas aparecen como criterios hermenéuticos y no como reglas específicas y exhaustivamente comprensivas del caso examinado, exigen también con frecuencia conjugarse con otros estándares jurídicos (principios o normas), lo que matiza o altera su alcance y el propio ámbito de aplicación y, en fin, ofrecen siempre una textura abierta o vaguedad potencial en su significado, de manera que no enuncian de un modo completo y absoluto un catálogo de posibles excepciones a su aplicación. En este sentido, la postura comentada parece mostrar excesiva confianza en la finitud lógica, ya que no del sistema en su conjunto, al menos del sistema de reglas. Pues parece bastante improbable que alguien fuera capaz de catalogar por completo las posibles excepciones a la aplicación de una solución normativa: de un lado porque, vía legislativa o jurisprudencial, siempre pueden aparecer nuevas excepciones – vgr. la aparición de una nueva eximente o atenuante penal – y, de otro, porque los cambios de la interpretación del Derecho pueden también dar entrada, bajo el tipo de antiguas excepciones, a nuevas circunstancias – vgr. considerar la inmunidad parlamentaria que exceptúa o condiciona el ejercicio de la acción penal se extiende a los representantes de una Cámara autonómica -. Es más, el problema no es sólo de defecto o de no conocer todas las excepciones, sino también de exceso, esto es, de no saber *a priori* qué casos no contemplados en la norma habrían de recibir sin embargo un mismo tratamiento merced al método analógico. En definitiva, la cuestión de cuándo no debemos aplicar una norma, por existir alguna excepción, así como la de hasta dónde podemos aplicarla, por resultar factible el recurso a la analogía, parece bastante más compleja de lo que dan a entender las ideas del “todo o nada” o de las “razones permptorias”. Y paradójicamente, como ha observado Alexy, la existencia de principios explica en buena medida por qué la imagen del “todo o nada” no se adecua ni a las reglas ni a los principios. pues si se sostiene que no cabe enumerar las excepciones a los principios y, por tanto, tampoco los supuestos de aplicación, pero se sostiene, en cambio, que los principios sí pueden exceptuar a las reglas, resultará en suma que lógicamente tampoco podemos saber los casos de excepción a las reglas.” (está en ATIENZA e MANERO, *Las piezas del Derecho.*, cit., p. 53-54).

⁴⁸⁵ ÁVILA, H., *Teoría dos princípios*. cit., p. 37 y juzgamiento referente al HC n. 73.662-9, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, 2º Grupo del STF, publicado en el DJU 20.09.1996.

línea de lo que entiende PRIETO SANCHÍS.⁴⁸⁶ Sin embargo, en que pese a que concordemos con la posibilidad de creación de una excepción, nuestro punto de discordancia está en la incompatibilidad de los fenómenos descritos con la tesis de la diferenciación por el modo de aplicación.

Consideremos, en primer lugar, el problema de la imposibilidad de enumeración de todas las excepciones a determinada regla. Según PRIETO, las reglas ni siempre se presentan como soluciones simples a la solución de los casos concretos. En razón de su carga axiológica, muchas veces aparecen como razones para decidir en ese o en aquel sentido, aunque el caso en cuestión no sea exactamente aquel previsto en su supuesto de hecho. En segundo lugar, la inclusión de otras normas como razones para decidir de forma contraria a la solución prevista en la regla o para darle excepciones, altera la consideración del proceso de subsunción como un proceso sencillo. En ese complejo modo de aplicación, donde fuentes judiciales o reinterpretaciones de otras fuentes legislativas pueden servir para decidir contra la regla en el caso concreto, no sería aplicable el método *todo o nada*.

En nuestra opinión, primeramente debemos considerar dos puntos importantes para el abordaje de la crítica de PRIETO a la tesis de diferenciación por el modo de aplicación. El primero consiste en el hecho de que “subsunción” y “todo o nada” no son sinónimos. En segundo, que hay que separar el carácter abstracto de la regla (*prima facie*) de las consecuencias que su aplicación tendrá al caso concreto (ATC, *all things considered*).

El método *todo o nada*, se refiere, según entendemos, a la pretensión de la regla de servir como única solución al caso concreto. Ocurre que, dentro de su proceso de aplicación, la regla se puede deparar con algunas situaciones que impidan su aplicación. Todas esas, pensamos, no implican en una desautorización del método *todo o nada*.

⁴⁸⁶ Consideremos que ÁVILA, por ejemplo, no considera el caso como creación de excepción, pero como una especie de ponderación relativamente al caso concreto, donde la regla funciona como razón para decidir en determinado sentido donde hay la superación por la ponderación con otros bienes jurídicos. En el caso descrito, osamos decir, hay la creación de una regla de excepción al propio tipo, extensible a todos los casos venideros. Caso típico de creación judicial. La formulación normativa sería de, por ejemplo, “*nos casos do art. 224, II, do Código Penal, quando a vítima possuir inquestionável aparência física e mental de pessoa maior de 14 anos, bem como manifestar livre consentimento, não se aplica a presunção prevista na norma.*” ¿O será que el precedente no vale como cláusula de excepción al tipo en otros casos?

La primera, más común, consiste en la posibilidad de invalidación de la regla. Por pertenecer a un sistema jurídico jerarquizado, las reglas están sujetas, en su aplicación, a relaciones de validez. La solución que presentan debe, por tanto, ser compatible con normas que disponen en sentido contrario. Seleccionada la regla como aplicable al caso concreto, debe el intérprete verificar su validez, confrontándola con otras normas presentes en el ordenamiento. En ese proceso, es normal que se establezcan procesos de ponderación entre las razones (generalmente principios) que sostienen la regla y otras razones contrarias. Esta confrontación determina cuándo una regla será compatible con un principio superior, aunque le sea contrario. La regla será incompatible con un principio jerárquicamente superior si, en el caso, éste no pueda acceder sin que se quede privado de sentido. En este caso, determinará la invalidación de la regla. Hay sí, una preferencia por la aplicación de la regla y, por eso, se considera que en ese proceso de ponderación, lo que está en juego no es la búsqueda de la “mejor solución posible”, sino el análisis de la validez de la solución contenida en la regla. Por eso no se considera ponderación, sino verificación de la validez. Es en razón de esto la afirmación de que todos los casos, en el derecho actual, son casos difíciles.⁴⁸⁷

⁴⁸⁷ En el momento en que consideramos que toda la regla puede venir también a representar un contenido axiológico – como innegablemente ocurre con los principios – tenemos como absolutamente normal que, aunque no consistan en la regla más específica al caso concreto (de acuerdo con su previsión abstracta); puedan contar como razones hermenéuticas para decidir o no decidir en este o en aquel sentido. Independiente de esto, a toda la aplicación de regla pueden contribuir una serie de principios que, en razón del bien que tutelan y de la carga axiológica que emanan, de alguna forma presentan relación con el caso previsto en la regla, de forma que también funcionan como razones hermenéuticas. De esa forma, considerado lo que está por detrás de cualquier solución prevista en abstracto por una regla, siempre habrá razones para decidir en favor o en contra esa regla. Eso hace con que todo el caso de aplicación – aunque parezca fácil – tenga todos los contenidos y características de los casos difíciles. La diferencia de lo que ocurre con los principios – y eso, entendemos, es el diferencial de las reglas – en todo ese complejo proceso de confronto axiológico, las reglas ya portan una solución abstracta lista. En el caso de los principios, se exige la ponderación para que sea construida una regla solamente para el caso concreto, lo que, con mucha propiedad, Luis Roberto BARROSO llama de construcción de una regla *prêt-a-porter*. Por eso las reglas tienen preferencia, *prima facie*, sobre los principios y son llamadas “razones peremptorias”. Eso no significa, todavía, que la solución prevista en abstracto en la regla va a preponderar al final (ATC). Significa, esto sí, que para que no sea, tendrá que ser alejada o excepcionada. Luego, o se aplica, o no, y, por eso, se dice “*todo o nada*”. No es diverso el pensamiento de ARIZA: “Soy consciente de que la diferenciación entre casos fáciles y difíciles quizá sea a su vez un caso difícil debido a los problemas que plantea. Así, se afirma que si un caso es fácil o difícil después de la interpretación entonces el elemento valorativo que comporta la interpretación entonces el elemento valorativo que comporta la interpretación interviene siempre; que la facilidad o la dificultad no es una propiedad del enunciado normativo sino que es un componente del intérprete; y, finalmente, que hay que tener en cuenta el aspecto temporal, pues los casos que hoy son claros pueden dejar de serlo mañana. Incluso en un Derecho de principios y reglas, como es el que existe en el Estado de Derecho constitucional, los casos fáciles son menos fáciles. En este sentido como afirma Bayon, los casos se conciben como fáciles <porque no acertaríamos a ver ninguna razón de principio para dejar de aplicar la solución prevista por la regla, lo que, desde luego, es una cuestión de índole *valorativa*, no lingüística. Y lo que esto implica es que la argumentación basada en principios no sólo entraría en juego para resolver los casos que, por razones lingüísticas, nos vendrían ya conceptuados como <difíciles>, sino que también gobierna – aunque sea negativamente – los casos que reputamos <fáciles>. Ahora, frente al dogma liberal-

Así, la aplicación en la forma “todo o nada” no significa absolutamente que no pueda haber un complejo enfrentamiento de razones axiológicas en favor y en contra de la aplicación de la regla, la que será evaluada por el intérprete. Tampoco, eso no significa que esta no tenga un modo propio de aplicación. Demanda el modo de aplicación “*todo o nada*” simplemente porque posee una pretensión de resolución definitiva de la cuestión, previendo un supuesto fáctico y consecuencias jurídicas determinadas⁴⁸⁸.

En segundo lugar, la regla podrá dejar de ser aplicada cuando se haya verificado por el intérprete que la solución que presenta no es adecuada para al realización del bien jurídico que viene a proteger. Es este fenómeno más evidente en las reglas de fin, pasibles de reducción a la fórmula “*se debe hacer X para alcanzar Y*”. En ese caso, una vez comprobado por el intérprete la inadecuación de X para la realización de Y, éste deja de aplicar la regla, porque sería contraria a su propio fundamento. La carga al intérprete, en ese caso, será más difícil cuanto menos evidente sea la finalidad prevista en la regla.

Finalmente, -y este parece ser el caso de que trata PRIETO -, considerando las fuentes contemporáneas del derecho, le es posible al intérprete la construcción de una regla jurídica, tanto en concreto como en abstracto, principalmente fundado en criterios de autoridad. En el caso examinado, el Supremo Tribunal Federal, conforme entendemos, acabó por crear a partir del juzgamiento de un caso concreto, una relevante excepción a la regla que preveía el estupro presumido. Considerando la autoridad del Supremo Tribunal Federal, de máxima corte en el derecho brasileño, su decisión puede ser entendida prácticamente como legislación positiva.

estatalista de la fuerza absoluta de la ley, en el Estado constitucional la validez, como sostiene Fioravanti, <está como suspendida>, es decir, depende de un juicio acerca de la Constitución y, sobre todo, de los principios constitucionales. Teniendo en cuenta estas circunstancias, y revalorizando el papel que desempeñan las convenciones interpretativas en relación con el uso del lenguaje, parece adecuado mantener, frente al imperialismo de la dificultad y frente al realismo semántico, la existencia de casos que parecen fáciles y difíciles. De este modo, es posible afirmar que algunos juicios de validez son difíciles y otros fáciles y que los juicios acerca de la vigencia (la adecuación de un acto normativo a los requisitos formales) suelen ser fáciles.” (ARIZA, Santiago Sastre. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*.p. 214).

⁴⁸⁸ De este modo, cuando la solución prevista en la regla contrarie de forma intolerable un principio jurídico, por ejemplo, que le sea jerárquicamente superior, le es absolutamente legítimo al intérprete decretar la invalidez de la regla. En ese punto, diferenciando la validez en abstracto de la regla y su validez a partir de su aplicación en concreto, entendemos que las circunstancias del caso concreto pueden aportar elementos jurídicos que determinen el decreto de invalidez de una regla en relación con los efectos de su aplicación.

El fenómeno jurídico contemporáneo es tan complejo, que incorpora nuevas posibilidades de alejamiento de la solución prevista por una regla. Si, hace poco tiempo, la única forma de no aplicación de la regla era la determinación de su invalidez conforme su formulación en abstracto, se puede decir que hoy es perfectamente coherente admitir su alejamiento en razón de:

1) cuando evidente que la solución que prevé no está de acuerdo con el fin que prevé. Conforme la fórmula de LAPORTA de “se debe hacer X para alcanzar Y”, donde el intérprete comprueba que “x” no es idóneo para realizar Y en aquel caso;⁴⁸⁹

2) en razón de su invalidez en el caso concreto, mismo que en abstracto la norma se muestre válida, o sea, cuando las circunstancias del caso concreto hagan intolerable el atrito con una norma jerárquicamente superior;

3) cuando haya la formulación judicial de una regla de excepción a la regla. En ese caso, dependerá de razones de autoridad y consenso, tal como visto en el Capítulo I.

Eso nos permite sostener que no hay ponderación mientras presente una regla válida al caso concreto. Alejada la solución contenida en la regla, libre estará el camino para la ponderación (incluso con la participación del bien tutelado de forma secundaria por la regla alejada como razón hermenéutica). Así, o la regla es aplicada o no lo es; y la ponderación solamente será posible en la ausencia de una regla válida aplicable al caso. De esa manera, nos parece también adecuado el criterio de diferenciación a partir del modo de aplicación.

Otra crítica consistente a la diferenciación de reglas y principios pelo modo de aplicación, tenemos en la doctrina de Humberto ÁVILA. Conforme el profesor gauchó, “*a característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após sua interpretação.*”⁴⁹⁰ Así, en una serie de casos, las soluciones *prima facie* establecidas por la regla dan lugar a otras

⁴⁸⁹ En este punto parece estar un equívoco de las perspectivas de DWORKIN y ALEXY. Las reglas quizás tengan esa dimensión valorativa, pero es secundaria, y sólo se manifiestan cuando alejada su “razón perentoria”. Hay casos, todavía, en que la propia dimensión axiológica de la regla puede servir para invalidarla. Tal como “se debe hacer X para alcanzar Y”. En el caso de estar claro que: 1) la regla está formulada para alcanzar el bien jurídico Y, b) la acción X no es adecuada, en el caso, para alcanzar Y. En ese caso, entendemos posible alejar X. La ausencia de una solución hace con que haya la necesidad, entonces, de ponderación.

⁴⁹⁰ ÁVILA, H. *Teoria dos princípios.*, cit., p. 39.

soluciones, lo que demuestra la carencia del método de diferenciación por el modo de aplicación.⁴⁹¹

Una vez más, coincidimos con la afirmación de que ni siempre la solución predeterminada en la regla es la que será aplicada al caso concreto. Es más, parece que esto sólo evidencia la importancia del reconocimiento del criterio del modo de aplicación, y no su falibilidad como concluye. Una vez adoptada la diferenciación por el modo de aplicación, en el caso de la no aplicación de una regla que, *prima facie* regularía el caso concreto, queda más clara la carga argumentativa exigida del intérprete.

Así, impedido de ponderar directamente en el sentido de construir otra regla, el intérprete queda enterado de que, para poder hacerlo, deberá inicialmente alejar la regla que regula *prima facie* el caso concreto, demostrando más claramente los motivos que lo llevan a hacerlo. Esa necesidad de identificar y alejar la regla a que sea posible la construcción de una solución es lo que caracterizaría al modo de aplicación *todo o nada*. Una vez alejada, sería el “nada”. Incluso la relativización de la regla sería el “nada”, pues la regla quedaría deshecha para la construcción de otra solución en su lugar. El único caso donde el método sería diferenciado, nos parece ser el caso del ejemplo arriba mencionado del estupro presumido. Allí, hay la creación de una regla más específica, con excepción de la regla general, por lo que nos parece ser caso de resolución por la *especialidad*.

Lo importante es que, adoptándose la diferenciación por el modo de aplicación, la carga argumentativa del intérprete es absolutamente diversa, porque se le imponen la necesidad de alejar la regla. Deberá, por lo tanto, demostrar por qué la solución prevista por la regla no puede ser considerada como válida en aquel caso concreto específico, demostrando en qué términos viola normas superiores del ordenamiento o que es contraria a la finalidad de la propia regla,. Así, solamente tras el alejamiento de la regla aplicable, estará libre para construir otra solución en su lugar a partir del proceso de ponderación.

De esta forma, acompañamos totalmente a ÁVILA cuando destaca el hecho de que tanto principios como reglas poseen dimensiones axiológicas (sólo que en

⁴⁹¹ “Os casos acima enumerados, aos quais outros poderiam ser somados, indicam que as conseqüências estabelecidas *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra.” (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, cit., p. 38)

las reglas esa dimensión es secundaria) y ambos permiten la consideración de aspectos concretos e individuales, que serán decisivos para su aplicación. Entretanto, eso no implica, según entendemos, las consecuencias apuntadas por ÁVILA.⁴⁹² Las reglas son normas cualitativamente diferentes de los principios. Están sujetas a la invalidez y se presentan como *razones perentorias*, en razón de proponer una solución específica y definitiva a los casos que regulan, y, por eso, exigen criterios de aplicación diferenciados. Aunque, al final, se pueda llegar a la misma solución en lo que se refiere a la carga argumentativa del intérprete, el reconocimiento de una diferenciación de reglas y principios en cuanto al modo de aplicación, parece esencial.

3.3.3.1 Apertura estructural versus open texture

En lo que se refiere a la estructura de las normas, hay diversos casos donde el intérprete es llamado a complementar sentidos que se pueden presentar como vagos o imprecisos. Sin embargo, hay que separar claramente dos situaciones que por veces son consideradas como sinónimos. Una cosa es complementar a través de procesos de ponderación, la ausencia de solución jurídica o los casos de aplicación de una norma en razón de la generalidad o genericidad de sus enunciados. Otra, bien diferente, consiste en determinar casos de inclusión o exclusión jurídica de términos que no cuentan con un sentido indiscutible. El primero es un problema estructural, el segundo, semántico.

Con la finalidad de comprobar que las reglas no se aplican del modo *todo o nada*, ÁVILA propone ejemplos que consisten en problemas relacionados a la estructura *open texture* de las reglas, algo muy diverso de la *generalidad* (o genericidad, o *defeseability*) que caracterizan los principios. Uno de los ejemplos propuestos consiste en la existencia de una regla de inmunidad tributaria que determina ser vetado instituir impuestos sobre “libros, diarios, periódicos y el papel

⁴⁹² Conforme concluye: “Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo “tudo ou nada” de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração de aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.” (ÁVILA, *Teoria dos princípios*, cit., p. 39)

destinado a su impresión” (art. 150, VI, “d”, de la Constitución Federal). Cuestiona, así, la posibilidad o no de inclusión del *libro electrónico* en la regla de inmunidad, considerando que la decisión sobre la inclusión o no depende de un “complejo proceso de ponderación de argumentos a favor y en contra su inclusión en el ámbito de la regla de inmunidad”.⁴⁹³

En esos casos, según entendemos, no hay la mínima necesidad de ponderación, porque se trata de un problema a ser resuelto por criterios de autoridad. Así lo es, porque implica meramente en la atribución de sentido a término indeterminado, donde las demás consecuencias ya están definidas. No se trata de un problema de iteración sistémica del derecho, donde normas contrarias y favorables contribuyen para la solución; sino de un problema lingüístico, de definición semántica. En el caso, técnicamente parece ser idéntico al célebre ejemplo de HART relativo a la norma relativa a la prohibición de la entrada de vehículos en parque. Sin embargo, el ejemplo de la fijación de sentido a “parlamentario” en el ejemplo de PRIETO, donde se discutía si un miembro de una cámara autonómica podría o no ser considerado como parlamentario. En ese caso, basta esa definición lingüística: si es parlamentario está inmune, si no lo es, no está inmune. En el caso del libro electrónico, si es considerado libro, no incide el tributo; si no lo es, incide. No hay, a nuestro entender, nada que ponderar, porque la solución jurídica está clara.

3.3.3.2 Lo contrario de “todo o nada” no es gradual

En relación con el criterio distintivo por el modo de aplicación, muchas de las críticas presentadas se refieren al hecho de una presunta afirmación de que los principios se aplican de forma “más o menos”, mientras las reglas lo hacen por el modo *todo o nada*. Como referimos, entendemos que el modo de aplicación de las reglas es el modo *todo o nada*, en razón del hecho de que éstas, por su estructura, se presentan como “razones perentorias”, o sea, tienen la pretensión de constituir soluciones definitivas a las situaciones de las que tratan. Eso no significa, por tanto,

⁴⁹³ ÁVILA, H., *Teoría dos princípios*, cit., p. 39.

que siempre regularán los hechos previstos en sus supuestos de hecho, habiendo casos en que puede ocurrir su invalidación o no-aplicación, aunque válidas y aplicables abstractamente.

Con relación a los principios, parece que uno de los problemas que trae la diferenciación cualitativa de las reglas está en el hecho de la atribución de un criterio de aplicación “más o menos” o “gradual” de aplicación. En nuestra opinión, sostener tal asertiva incurre en el error de confundir el proceso de ponderación con modo gradual de aplicación. Como magistralmente fue construido por ALEXY, el proceso de ponderación se resuelve a través de la creación de la “regla de colisión”, es decir, de una regla aplicable al caso concreto, construida a partir de la ponderación de los principios envueltos en la regulación del caso concreto. Eso significa, por tanto, que un principio puede prevalecer, mientras otro podrá acceder en la creación de la regla de colisión. Dependerá, absolutamente, de las circunstancias del caso concreto e de la valoración hecha por el intérprete. Por eso el énfasis en la argumentación cuando se efectúa un proceso de ponderación. Así, parece equivocado decir que los principios, por el simple hecho de que no presentan una solución definitiva como ocurre con las reglas, tengan un modo de aplicación gradual. Tendrán, esto sí, la aplicación que entender adecuada la autoridad competente para efectuar la ponderación.

En esa parte, conforme entendemos, reside uno de los puntos fundamentales no solamente de la diferencia entre reglas y principios, sino de la propia doctrina positivista y no-positivista. Es común encontrar la afirmación – en nuestra opinión correcta –, de que las reglas funcionan como razones para la adopción del comportamiento que prevén, o sea, razones autoritativas. Los principios, a su vez, necesitan de razones argumentativas y finalísticas. En el momento en que terminado el proceso de ponderación y extraída de los principios ponderados una consecuencia jurídica específica, la regla extraída de los principios incidentes igualmente adquiere una razón autoritativa. Las teorías no-positivistas consideran que, en razón del hecho de que esta elección proviene de un proceso de ponderación, es producto de un raciocinio jurídico y considera todas las circunstancias del caso. Es, por tanto, una solución moralmente adecuada: la *mejor solución posible* para el caso concreto, según DWORKIN, o la *solución óptima* para ALEXY. El positivista simplemente la considera una razón autoritativa. En este caso,

damos toda la razón a ÁVILA, en el sentido de que “defender que los principios sean aplicados de forma gradual es barajar la norma con aspectos exteriores”.⁴⁹⁴

De esa manera, es perfectamente comprensible que se entienda, bajo una perspectiva no-positivista, la existencia de una mitigación en la aplicación de un principio en el momento en que accede algo en relación con otro. La aceptación de un criterio moral permite: a) la existencia de un significado exterior al ordenamiento para los llamados principios morales; b) la creencia de que la solución formada a partir de esos principios será la mejor posible. Luego, es normal que sostenga una aplicación gradual o mitigada de cada uno de estos. Ya a partir de la perspectiva positivista, lo que interesa es el sentido que adquieren los principios jurídicamente, de forma que incluso la superación de uno por otro en el caso concreto no afecta.

Por eso, nos parece equivocado tratar de ponderación de la regla, porque eso importaría en liberación de la carga argumentativa al intérprete, algo que parece debilitar aún más la determinabilidad del derecho, daño que los principios ya causan de forma suficiente.⁴⁹⁵

Así pues, analizando todas las posiciones hasta aquí presentadas, es posible encontrar muchas posiciones coincidentes sobre modos de identificación de normas, así como en la existencia de una distinción *cualitativa* entre reglas y principios. La discordancia se da, en la mayoría de los casos, sobre el momento de esa identificación, donde los autores analizados que disienten de la tesis de diferenciación por el modo de aplicación niegan la posibilidad de diferenciar reglas y principios antes de terminada la interpretación. En otras palabras, solamente sería

⁴⁹⁴ ÁVILA, *Teoría dos principios.*, cit., p. 42.

⁴⁹⁵ Sobre los principios y la indeterminación del derecho, vid COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, cit., donde el Prof. italiano concluye que: “Creo que la indeterminación podría quizás disminuir si se dieran al menos estas condiciones: 1) si existiera una moral objetiva, conocida y cumplida por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y cumplida por los jueces); 2) si los jueces siempre cumplieran con las prescripciones de Dworkin (o de Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran escoger para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor. Bajo esas condiciones la promulgación de principios, hecha por el legislador, o la configuración de principios, hecha por los jueces y la dogmática, podrían disminuir la indeterminación *ex ante* del derecho. Pero, en realidad, estas condiciones no se dan. Y esto es así no tanto por discutidas razones meta-éticas, que afirman la inexistencia de una moral objetiva, sino por razones fácticas. En efecto: a) aun si existiera, la moral objetiva no es conocida o compartida por todos los jueces ; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, se caracterizan por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus decisiones, ni construyen un sistema coherente de derecho y moral para solucionar los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera sea el sentido, aun el más débil, de esta palabra). Bajo condiciones reales, y no ideales, la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación *ex post* para sus decisiones, pero no parece disminuir, si no aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho.”(COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, cit., p. 103)

posible distinguir una regla de un principio después de aplicado. Si esto está correcto, ¿cuál sería entonces el fundamento de distinguir una regla de un principio?

Si ambos constituyen normas *cualitativamente* diversas, en nuestra opinión es debido al hecho de que presentan formulaciones enunciativas diversas y, por eso, demandan un distinto modo de aplicación. En el momento en que se afirma la imposibilidad de diferenciarlos antes de la solución final, no vemos ningún fundamento en la diferenciación que no sea una mera curiosidad académica.⁴⁹⁶

Por otro lado, la posibilidad de ponderación de reglas libera al intérprete de la vinculación a éstas, disminuyendo de forma innecesaria la ya debilitada función epistémica del derecho. Como intentamos demostrar, es perfectamente posible el alejamiento de la decisión perentoria, *prima facie*, contenida en la regla. Incluso, para tal el intérprete tiene una carga argumentativa mayor, en el sentido de demostrar la incompatibilidad sistémica de la decisión contenida en la regla (invalidez) o que sea incompatible con la propia finalidad de la regla (cuando esta reste evidente). Además, la creación de normas de excepción a la regla es siempre posible, siempre que cumpla los requisitos de aceptación por la práctica judicial y reconocimiento por la regla de reconocimiento (o sea, para los tribunales superiores es más fácil). De esta forma, entendemos, no se priva el derecho de sus posibilidades de reconocimiento de los valores que consagra en los casos concretos, pero sin dejar de preservar criterios epistémicos de reconocimiento de conductas obligatorios.

3.3.4 Criterio del conflicto normativo

Según el criterio del conflicto normativo, reglas y principios se distinguen de acuerdo con la forma que interaccionan con otras normas. Los principios, al confrontarse con otras normas que dispongan en sentido contrario, pueden alterar o mitigar su sentido de modo que se vuelvan compatibles con tales normas. De acuerdo con la regla de colisión establecida en el caso concreto, pueden preponderar o acceder sobre otros. Por el hecho de que no funcionan como razones

⁴⁹⁶ Se asemeja mucho al libro "Where's Wally?", donde se buscaba el simpático personaje en medio a una multitud.

perentorias, no tienen la necesidad de imponer siempre una solución única, hasta porque no la portan consigo. La solución que demandan, en general, se puede adaptar a las demás normas del ordenamiento. Así, la confrontación entre principios es un enfrentamiento variable, donde es posible tanto la preponderancia clara de uno sobre el otro, como la construcción de una solución que alcance lo mínimo posible a los principios envueltos.

Ya en el caso de las reglas, estas generalmente exigen una providencia jurídica específica – “deber-hacer” o “prohibir-hacer” – de forma que no están predispuestas a acceder. En el caso de competir con otras normas contrarias, su pretensión es la de prevalecer sobre las demás soluciones posibles. O prevalecen o no son aplicadas en cualquier medida. Su no-aplicación implica, por tanto, su invalidación, porque no admiten una aplicación gradual. Como resume ALEXEY, mientras en el conflicto entre reglas es preciso verificar si la regla está dentro o fuera de determinada orden jurídica, en el conflicto entre principios esa situación ya se sitúa en el interior de esa misma orden.⁴⁹⁷

Adepto a este método distintivo entre reglas y principios, PRIETO agrega que lo que nos lleva a distinguir una regla de un principio no es su enunciado lingüístico, sino, en realidad, el modo como resuelve los conflictos normativos: “si colisionando con una determinada norma cede o triunfa siempre, es que estamos ante una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio.”⁴⁹⁸ Así, para él, “desde esta perspectiva, algunas normas que habitualmente llamemos principios pueden funcionar como reglas, y algunas otras que los juristas suelen llamar reglas pueden funcionar como principios.”⁴⁹⁹

El criterio de PRIETO nos parece válido si nuestro patrón de colisión envuelve apenas normas constitucionales, o sea, donde está ausente una relación de jerarquía normativa. En ese caso, el método de colisión se revela adecuado para

⁴⁹⁷ Como apunta ZAGREBELSKY: “Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la <maquinización> de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La <aplicación> de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una <reacción>, se <tome posición> ante esta de conformidad con ellos. Una máquina es capaz de <tomar posición> en el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tomarse en consideración mientras la máquina siga siendo una máquina.” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, p. 111).

⁴⁹⁸ PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*. cit., p. 58.

⁴⁹⁹ *Idem*, p. 59.

desvelar el carácter de regla o principio de aquellas normas sobre las que surgen dudas tras el análisis de su estructura, es decir, de las *reglas que parecen principios* y de los *principios que parecen reglas*.

No parece totalmente adecuado, sin embargo, para el conflicto normativo entre normas que están en niveles jerárquicos diversos pues, en ese caso, una regla puede ser alejada por invalidez por confrontar en un nivel inadmisibles, en determinado caso concreto, con un principio que le sea jerárquicamente superior. En este caso, será alejada, pero no significa que deja de ser regla.

Por otro lado, hay en la doctrina quienes sostengan, como ÁVILA, que también las reglas son objeto de ponderación. Así ocurriría en el caso en el que son excepcionadas por otras reglas creadas de acuerdo con el caso concreto o cuando la providencia que demanden sea manifiestamente inadecuada para alcanzar su fin, esto es, cuando “otras razones, consideradas superiores a la propia razón para cumplir la regla, constituyen fundamento para su no-cumplimiento.”⁵⁰⁰

Sobre tal posibilidad, tal como ya tuvimos oportunidad de manifestarnos, no concordamos con tal propuesta, pues comprendemos el fenómeno de la creación judicial de una excepción a la regla no como un caso de ponderación de regla, eso es, construido solamente para el caso concreto; sino como un caso de creación normativa judicial. En el ejemplo fornecido por ÁVILA, de la superación del límite de velocidad por un vehículo que transportaba un pasajero en riesgo de vida, tenemos que, una vez admitida la excepción a la regla, está constituirá parámetro de decisión a todos los casos donde sea comprobado el riesgo de vida y la necesidad de superación del límite. De la misma forma, en el ejemplo ya mencionado de la excepción de la regla que prohíbe la presencia de perros en restaurantes de forma a permitir el ingreso de perro-guía para un deficiente visual es caso de excepción que debe ser considerada en carácter general, desde que reconocida por las autoridades judiciales de mayor jerarquía. No lo vemos como caso de ponderación, porque está mantenida la solución existente.⁵⁰¹

Una vez que no admitimos la posibilidad de ponderación de reglas - sino la creación judicial de excepciones —, tenemos como improcedentes las críticas a tal

⁵⁰⁰ ÁVILA, H., *Teoría dos princípios*. cit., p. 45-55.

⁵⁰¹ En este punto, surgen algunas cuestiones muy importantes: la ponderación sólo cabe en la ausencia de una solución, o sea, ¿es un proceso destinado a la producción de una regla de colisión, o puede servir para alejar una regla? ¿Ese último caso no sería de invalidación, o sea, evaluación de la compatibilidad con el ordenamiento jurídico?

método porque esas son formuladas a partir del raciocinio de que también las reglas son pasibles de ponderación. Lo que defiende la tesis de la diferenciación por el conflicto normativo es exactamente que la presencia de ponderación es que caracterizará un principio, y no una regla. Al afirmar que las reglas pueden ser ponderadas, los críticos de esa teoría parten de la presuposición de la existencia de una regla, no explicando por qué la clasifican como regla (véase que ÁVILA no acepta ni siquiera la distinción estructural, como ya se ha visto).⁵⁰²

Tenemos que el criterio del conflicto normativo parece adecuado para determinar la naturaleza de regla o principio de aquellas estructuras normativas que dependen de la interpretación para revelar su naturaleza. Mejor dicho, para revelar los casos dudosos, los que son llamados por AARNIO de *reglas que parecen principios* y *principios que parecen reglas*. Una vez que reconocemos la relevancia de la tesis estructural, aunque ésta no se aplique a todos los casos, y que la tesis del modo de aplicación constituye más una teoría de aplicación después de que hayamos encontrado una definición sobre la naturaleza de la norma (y no una tesis diferencial), en los casos donde es dudosa estructuralmente la naturaleza de la norma, es posible esclarecerla por la aplicación del método del conflicto normativo.

Para tal método, primeramente se investiga en el ordenamiento las normas que se colocan contrariamente a la norma examinanda, como bien se verifica el grado de compatibilidad de estas normas con la norma cuya validez se está analizando. Una vez que presente un alto grado de incompatibilidad con normas de misma jerarquía, probablemente estaremos delante de un principio. Después,

⁵⁰² Como considera ALEXY: Principios y reglas y sus características *prima facie* "Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas." Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice. Por ello, podría pensarse que todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo. Un modelo tal se percibe en Dworkin cuando dice que las reglas cuando valen, son aplicables de una manera del todo-o-nada, mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión. Sin embargo, este modelo es demasiado simple. Se requiere un modelo más diferenciado. Pero también dentro del marco de un modelo diferenciado, hay que mantener el diferente carácter *prima facie* de las reglas y los principios. Del lado de las reglas, la necesidad de un modelo diferenciado resulta del hecho que es posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en la reglas una cláusula de excepción. Cuando esto sucede, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso. La introducción de una cláusula de excepción puede llevarse a cabo/ sobre la base de un principio. (ROBERT ALEXY, *Teoría General de los derechos fundamentales*, cit., p. 99-00).

conviene observar los casos donde aplicada la referida norma o las normas que le son contrarias. Si una norma jerárquicamente inferior e incompatible con la norma que examinamos tuvo aplicación por la jurisprudencia, probablemente estamos delante un principio. Así, el criterio del conflicto normativo presupone un análisis del ordenamiento como un todo, así como de los precedentes que envuelven el conflicto normativo que nos interesa. De ahí se pueden sacar indicios o argumentos de autoridad para descubrir si estamos ante un principio o ante una regla, a partir del modo de interacción específico que cada una de esas especies normativas posee.

CAPÍTULO IV – LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES Y SU APLICABILIDAD

4.1 LOS DERECHOS SOCIALES

4.1.1 Origen

4.1.1.1 El proceso de socialización del Estado y la creación de los derechos sociales

En términos históricos se puede afirmar que el proceso de socialización de los derechos solamente se origina algún tiempo después de la aparición y consolidación de los derechos clásicos de libertad. En ese aspecto incluso es posible verificar que los derechos sociales se presentan como complemento a las insuficiencias constatadas en relación con los clásicos derechos de libertad para encargarse de algunos problemas y demandas sociales. El cambio de modelo social consecuente del proceso de industrialización y de la generación de una sociedad de masas modificó completamente la configuración social, haciendo desestabilizar la lógica social a la que han sido creados los derechos propios del liberalismo. Como resume José Carlos VIEIRA DE ANDRADE:

A industrialização e o progresso técnico desenraizaram os homens de suas terras, amontoam-nos nas cidades, impuseram-lhes um ritmo acelerado de vida e desenharam-lhes os horizontes de um bem estar material. Privados do seu espaço e do seu tempo, arregimentados em estruturas intermediárias, desde a fábrica ao sindicato e ao partido, dirigidos e controlados pela publicidade (propaganda) e pelos meios de comunicação de massa que lhes ditam as idéias e os produtos prontos a consumir – os homens dissolveram-se na sociedade e nela encontram o seu destino. O indivíduo torna-se um ser dependente, uma espécie-tipo do gênero humano.⁵⁰³

En el aspecto de la producción económica, como observa Ernest FORSTHOFF, desde la consolidación de la alteración del modo de producción

⁵⁰³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 3. ed., 2004, p. 57.

económica y sostenibilidad del ciudadano a través de la subsistencia y del trabajo propio, y su cambio a un modelo de sociedad concentrado en ciudades, cuya producción de riqueza se funda en el trabajo subordinado, cada vez más se debilita la capacidad del individuo para auto-sostenerse.⁵⁰⁴ Sin un trabajo, en la sociedad contemporánea el individuo no encuentra otros modos de vida que no la caridad. El trabajo subordinado – adoptado como base del modelo social – surge, por tanto, como fuente prácticamente única para la obtención de recursos a la supervivencia del ciudadano. La necesidad de éste acaba por reducir la capacidad que tiene el individuo de manifestar su libre voluntad, por ejemplo, en la venta de su mano de obra.⁵⁰⁵

En el Código de Napoleón, de 1894 – que incluye a muchos sistemas que adoptan el *civil law*, la figura del arrendamiento de servicios constituía un tipo normal de contrato, para el que se aplicaban las reglas contractuales generales. Así, era tenida como manifestación de la autonomía de la voluntad del individuo, no habiendo motivos a que el Estado interviniera cuando no iba en contra de la ley, de la moral y del orden público (límites generales de los contratos). Sin embargo, con la constatación de que la necesidad por el trabajo acababa por generar una desigualdad efectiva entre las partes contratantes, de manera que ocurría una imposición de la voluntad del contratante, así como a partir de la influencia de doctrinas marxistas y humanistas, inspiradores de las primeras huelgas y demás enfrentamientos involucrando trabajadores, surge la preocupación por parte del Estado de regular dichas normas, naciendo así la figura del contrato de trabajo. Así, se separa el arrendamiento del servicio de las reglas generales de los contratos, considerándose no solamente la importancia del trabajo, sino también la desigualdad que se genera entre las partes contratantes a causa de esa necesidad. De ahí el

⁵⁰⁴ “El hombre sin espacio vital que domine, que no pueda sacar el agua del pozo, que no pueda recoger en el bosque la leña que necesita para el hogar, que no pueda obtener del huerto o del establo los alimentos necesitados, vive en una situación de notoria necesidad. Para obtener lo que exige su subsistencia necesita de medidas organizadas y amplios mecanismos de abastecimiento. Y puesto que el hombre sin espacio vital que él domine directamente no tiene reservas, no está protegido frente a las crisis, sino abandonado a la asistencia en las más diversas formas. Depende de un puesto de trabajo con un salario que le permita obtener al menos el mínimo vital para sí y para su familia, y si no tiene trabajo necesita una ayuda en dinero.” (FORSTHOFF, Ernest., “Problemas constitucionales del Estado social”, in *El Estado social*, (ABERDRTOH, W., FORSTHOFF, E., DOEHRING, K.), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 48).

⁵⁰⁵ “El modelo de sociedad que domina el mundo es una sociedad que ha confundido el vínculo de ciudadano con el vínculo del trabajo, y al romperse el vínculo laboral, gran parte de sus miembros cruzan la frontera de la ciudadanía y ocupan la posición de excluidos. *En este sentido, una sociedad que condiciona el derecho a vivir con un determinado status está violando el propio sentido integrador de la sociedad, la democracia y los derechos humanos.*” (Teresa GIMÉNEZ, cit., p. 46).

hecho de que la protección a las relaciones laborales constituye la base de los derechos sociales y la protección en contra el paro y la descalificación para el trabajo se presenten como elementos indispensables a la promoción social.⁵⁰⁶

Por otro lado, la sociedad plural y organizada corporativamente revela una realidad distinta de la pacífica sociedad de pequeños, sobre la que se ha forjado la doctrina liberal. Con los derechos de libertad arraigados y la lucha en contra del Estado absoluto ya superada dentro de los grupos sociales concentrados en las ciudades, se comienzan a identificar grupos de intereses distintos, no raro antagónicos, que se reunían en razón de intereses, situación social o dificultades comunes. En las palabras de VIEIRA DE ANDRADE, “*a construção da harmonia liberal é destruída pela erupção de uma luta entre preferências diversas, onde certas contraposições se manifestam com tal intensidade que algumas doutrinas e teorias descobrem na sociedade antagonismos radicais e historicamente determinantes*”.⁵⁰⁷ Además del ideal burgués –propios del ciudadano blanco, varón y propietario-, comienzan a surgir grupos organizados que ya no se contentan con vivir en un Estado limitado, sino que demandan el reconocimiento de derechos de participación y otros adecuados a su situación social.

Partiendo de dichas disociaciones, nacen casi concomitantemente las reivindicaciones propias de dos tipos distintos de derechos: los derechos políticos y los derechos sociales. Los segundos, a la vez, acabaron sufriendo aún otras subdivisiones, conforme la forma adoptada para tutelar situaciones de riesgo social.

Así pues, el nacimiento de los derechos sociales se hace a partir de la constatación de la necesidad de una intervención estatal para la corrección de desequilibrios y conflictos sociales generados por la libre relación de mercado, las cuales no encontraban solución en un régimen de libertad pautado en la igualdad formal. Por tanto, surgen partiendo de un presumido desencanto con el liberalismo y

⁵⁰⁶ En las palabras de Luigi FERRAJOLI: “Accanto ai tradizionali diritti di libertà, le Costituzioni di questo secolo hanno però riconosciuto altri diritti vitali o fondamentali: i diritti già ricordati alla sussistenza, all'alimentazione, al lavoro, alla salute, all'istruzione, all'abitazione, all'informazione e simili. A differenza dei diritti di libertà, che sono *divieti* (o doveri pubblici di non fare), questi diritti, che possiamo chiamare «sociali» o anche «materiali», sono *diritti a* (o *aspettative* di comportamenti altrui) cui dovrebbero corrispondere *obblighi* (o doveri pubblici da fare). La nozione liberale di «stato di diritto» dev'essere conseguentemente allargata per includervi anche la figura dello stato vincolato da obblighi oltre che da divieti. Diremo quindi che ove un ordinamento costituzionale incorpori solo divieti, che richiedono prestazione *negativa* a garanzia dei diritti di libertà, esso si caratterizza come *stato di diritto liberale*; ove invece esso incorpori anche obblighi, che richiedono prestazione *positiva* a garanzia dei diritti sociali, esso si caratterizza come *stato di diritto sociale*.” (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teorie del garantismo penale*. Roma: Laterza, 8a ed., 2004, p. 902).

⁵⁰⁷ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...* p. 57.

con la noción de igualdad meramente formal, que ya no es suficiente para contentar a todos los grupos sociales, principalmente aquellos en situación de inferioridad económica y cultural.

Frente a dicha desconfianza en los poderes de la autorregulación social, se vuelve una vez más la sociedad al Estado, única institución capaz de administrar un modelo colectivo de bien común. En ese rearrreglo social, en el que un Estado meramente limitado por la ley se transmuta a Estado interventor, se observa interesantes cambios no sólo en la actividad estatal, sino también en varios campos sociales que sufren la intervención del Estado.⁵⁰⁸ Los comienzos de esta intervención están en las relaciones de trabajo, ingresando en uno de los puntos más sagrados al liberalismo: la autonomía de la voluntad y los contratos. Dichos derechos poseen un modo de ejecución diverso del normal, pues se manifiestan a través de limitaciones a la acción privada, con el objetivo de preservar la libre manifestación de aquellos individuos que se hallan en situación de inferioridad. Ejemplo más evidente son las limitaciones impuestas para la celebración del contrato de trabajo.

Esa actividad interventiva aún no se resume en la regulación de campos antes dejados a la libre regulación privada. La actividad interventora y promocional del Estado que resulta considerada sinónimo en una de sus significaciones de derechos sociales, permite incluir el derecho tanto a prestaciones materiales como a prestaciones normativas. Por lo tanto, se hace necesario separar una de la otra. Según ALEXY, la escala de acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestación se extiende desde la protección del ciudadano frente a los demás, a través de normas del derecho penal, pasando por la edición de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y bienes.⁵⁰⁹

Así que tenemos por derechos a prestaciones normativas todo el derecho a exigir del Estado que regule determinada materia. Distintos derechos sociales suelen ser tutelados solamente a través de esas prestaciones normativas, cuyo ejemplo

⁵⁰⁸ En la irreparable lección de VIEIRA DE ANDRADE: "Nesta sociedade dividida e conflitual, os individuos, que já nada podem sozinhos, limitados agora pelos grupos em que participam, confrontados e ameaçados pelos restantes, têm, também eles, de confiar no Estado e de através dele procurar reaver a sua liberdade concreta. Revoltados contra a ordem injusta que a abstenção do Estado liberal tinha consentido, os mais desfavorecidos organizam-se e pretendem o domínio do poder político ou, pelo menos, reivindicam dos poderes públicos uma intervenção efectiva para uma transformação radical das estruturas sociais." (cf. *Os direitos.....* p. 58).

⁵⁰⁹ En el original "*La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes.*" (Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 427).

más claro está en la tutela de las relaciones de trabajo. La actividad estatal se limita a crear padrones mínimos de contratación, imponer y fiscalizar el cumplimiento de obligaciones por parte de los empleadores. Dichos derechos, aunque le obliguen al Estado a crear legislación en un primer momento, una vez que esté hecha, no necesita de fondos para costearlos. El coste de estas acciones generalmente se le transfiere al explotador particular de determinada actividad económica. Ejemplo de eso constituye el derecho a la huelga, al reposo remunerado, a la protección a la gestante y al niño, etc.

Sin embargo, no pierden su característica de derecho social (o prestacional *lato sensu*) mientras aportan una actividad interventiva que no se puede clasificar como de abstención. Igualmente, los derechos sociales poseen relación estricta con las finalidades que deberá perseguir el Estado, como justicia social, protección a la dignidad o el valor del trabajo. No se confunden, por tanto, con derechos liberales que posean como fundamento único la libertad y la autonomía del individuo.⁵¹⁰ Son considerables, entonces, las diferencias existentes entre ellos, aunque la concretización de los derechos sociales a prestaciones normativas y los derechos de libertad ocurra con una simple previsión legal.⁵¹¹

A lo largo del tiempo se verifican, además de estos derechos, otras formas de tutela social, que no se puede resumir en la simple actividad interventiva. En este contexto donde el Estado posee un nuevo papel, llamado a intervenir por la sociedad, se establece un nuevo tipo de derecho: los derechos a la cuota-parte, derechos a prestaciones fácticas, también conocidos como *derechos sociales prestacionales*. Esa nueva gama de derechos presupone no sólo una acción interventiva del Estado en las relaciones sociales, sino también una organización estructural, con objeto de alcanzar bienes que quizás podrían ser adquiridos por el

⁵¹⁰ En las palabras de ALEXY: "...los derechos a acciones positivas comparten problemas que no pesan en absoluto o no pesan con la misma intensidad sobre los derechos a acciones negativas. Los derechos a acciones negativas imponen límites al Estado en la persecución de sus fines. No dicen nada acerca de los fines que tiene que perseguir. En cierto modo, los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados objetivos. Por ello, en todos los derechos a acciones positivas del Estado se plantea el problema de saber si y en qué medida se puede y debe imponer la persecución de fines del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos." (Cf. ALEXY. *Teoría de los...* p. 429-430).

⁵¹¹ En ese mismo sentido la lección de Cristina M.M. QUEIROZ, según la que: "Os 'direitos económicos' e 'sociais' apresentam-se como direitos a 'prestações' ou a 'atividades do Estado', ainda que a Constituição inclua nesses direitos, 'direitos de natureza negativo-defensiva', como, por exemplo, o 'direito à iniciativa privada' (artigo 61º) ou o 'direito de propriedade privada' (art. 62º) que não carecem, como tal, de conteúdo prestacional. O mesmo poderá dizer-se do 'direito à greve' (artigo 57º) ou do 'direito à liberdade sindical' (artigo 55º)". Chega a chamá-los de "direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores". (Cf. QUEIROZ. *Direitos fundamentais...* p. 149).

individuo, si tuviera condiciones de hacerlo, pero que, en virtud de su situación económica, pasarán a ser tarea del Estado.

Constituye, por tanto, un *plus* a la actividad interventivo-normativa hasta entonces conocida. Mientras esta conllevaba en actuar para escapar de la acumulación desproporcionada de la riqueza por la exploración –que tiene como ejemplo clásico las normas laborales– los derechos prestacionales importan en una tasación de la riqueza y su distribución en forma de prestaciones sociales por parte del Estado⁵¹².

Estos derechos, relacionados al ideal revolucionario de la fraternidad que el Estado liberal no se ha hecho capaz de cumplir, son clasificados por la doctrina como derechos de segunda generación. Dichos derechos hacen posible al individuo exigir del Estado prestaciones sociales, de manera que se viabilice la “transición de las libertades formales abstractas a las libertades materiales concretas”.⁵¹³ En la clasificación de JELLINEK, pertenecen al *status positivo* en sentido estricto, al que llamó los derechos referentes a prestaciones positivas de dar o hacer, exigibles del ente público.⁵¹⁴

Los *derechos sociales prestacionales* enfrentan, en principio, una fase de reconocimiento propia de un nuevo derecho, en la cual se resienten de la eficacia jurídica necesaria a su efectuación. Con todo, espaciadamente fueron adquiriendo una fuerza normativa mayor, hasta que pudieran ser aplicados directamente como ocurre en distintos ordenamientos jurídicos, al menos para una gama de derechos de ese género.

⁵¹² En relación con los derechos económicos y sociales (de 2ª generación) se verifican dos tipos de derechos, que más adelante serán mejor analizados en ese estudio. Con todo, sólo para un primer contacto con el tema, se puede separarlo en derechos garantizados a través de una acción interventiva del Estado, que consisten en un retorno al poder de imperio en determinadas relaciones económicas, donde el Estado regula determinados sectores sociales, entre ellos y principalmente las relaciones de trabajo. En este caso, la única actividad positiva que del Estado se demanda es la legislativa. Más adelante, la otra forma de implementación de derechos sociales consiste en los derechos prestacionales. Tales derechos no se resumen a la necesidad legislativa, sino presupone también el alcance de bienes por parte del Estado a aquellos que de los bienes no pueden disponer. La prestación positiva en estos derechos demandada consiste hasta en prestaciones de dar. En ese segundo grupo de derechos económicos y sociales se incluyen los derechos del Estado demandan una organización de estructura prestacional, trascendente a la previsión legal y demanda obligaciones de hacer. En ese grupo se iban a incluir el derecho a la seguridad social o el deber del Estado de actuar en determinadas áreas asistenciales, como hospitales, escuelas, etc.

⁵¹³ Expresión de SARLET (cf. *A eficacia*, cit., p. 55).

⁵¹⁴ Según JELLINEK, los derechos referentes al *status positivo* en amplio sentido iban a abranger todos los derechos de acción en contra del Estado, sean positivas o negativas (derechos de defensa), porque el *status negativo* contempla derechos de defensa no escritos, que provienen del estado natural del ciudadano. Si no hay autorización a que el Estado ingrese en lo que está restringido a los individuos, no habría la necesidad de prever que no lo pudiera hacer. Para mayor profundización sugerimos ALEXY, *Teoría ...*, p. 247-266, *passim*.

En contrapartida, trae el Estado Social una idea de limitación del individuo. El individuo es ahora un individuo socialmente ubicado, cuyos derechos encuentran su limitación en un contexto de bienestar social.⁵¹⁵ Así se da comienzo a una noción de función social de los derechos fundamentales, que ya no poseen la característica de absolutos e ilimitados. El Estado y la Sociedad ahora ya no son los mismos, así que los derechos fundamentales tampoco lo serán.

Con el aumento más acentuado de la actividad interventiva, cede el individuo, hasta cierto punto, parte de su autonomía, cuando habrá un recrudescimiento de la máxima individualista revolucionaria. La sociedad masificada acaba por demandar una protección más efectiva que tutele los intereses del individuo como ser social, como miembro integrante de esta sociedad. Los derechos de tercera generación, que tutelan al individuo como miembro del género humano, vienen a garantizar la paz, el desarrollo sostenible, el medio ambiente, el patrimonio histórico y cultural, la libertad de expresión. Como apunta SARLET, son resultado de las nuevas reivindicaciones fundamentales del ser humano; las cuales son generadas, de entre otros factores, por el impacto tecnológico, por el estado de beligerancia, por la masificación de la información o, todavía, por el escaseo de recursos naturales.⁵¹⁶

Constituye el proceso de mundialización de las relaciones sociales, a lo que parece, un nuevo paradigma a enfrentarse por la Sociedad y el Estado contemporáneos. Tal fenómeno, llamado *globalización* y que tuvo su crecimiento evidenciado en los últimos veinte años, ha determinado una maximización de las relaciones hasta entonces concebidas. La facilidad de cambio de esa nueva “sociedad de información”, así como la red de relaciones forjada principalmente en el espacio económico, desmoronaron definitivamente con la hegemonía del Estado en su ángulo intervencionista. Varias relaciones tuteladas por el derecho de fuente estatal ya no tienen el poder regulador de antaño.

Tal hecho genera una ruptura de paradigma no sólo en las relaciones económicas, sino también en el derecho. En ese nuevo escenario, ya no es

⁵¹⁵ Como dice VIEIRA DE ANDRADE: “... a influência socializante manifesta-se ainda na *objectivização* dos direitos fundamentais. O homem que constitui o ponto de partida e o titular dos direitos é agora o homem socialmente <situado> e <inserido>, o membro da sociedade numa linguagem organicista, que vê os seus direitos talhados a uma medida e num plano sociais. Já não é o portador abstracto e isolado de interesses primários, pré-sociais, que esgrime a sua autonomia como regra e condição de um contrato social; é um elemento de um conjunto, responsável e condicionado, limitado à partida, carregado com o seu passado social e, nesse sentido, um homem aposteriorístico.” (Cf. *Os direitos.....*, cit., p. 61).

⁵¹⁶ Cf. SARLET. *A eficácia.....* p. 57

suficiente la intervención estatal en determinado área, sino la necesaria posibilidad de hacerla eficaz. Los órdenes jurídicos nacionales asumen la función de órdenes parciales y las constituciones son relegadas al *status* de “leyes fundamentales regionales”.⁵¹⁷

La llamada crisis reguladora del Estado acarrea implicaciones tanto internas como externas. En el plano político internacional no le basta ya al Estado tutelar determinados derechos en el ámbito interno, pues en la sociedad y economía globalizadas, las actividades que se desarrollan fuera de su ámbito de control igualmente repercuten en el ámbito interno estatal.⁵¹⁸ Sin embargo, en determinados casos, la actuación del Estado está privada de ejercer su función interventiva. No porque haya perdido la posibilidad de legislar en el sentido de regular determinada actividad, sino porque las relaciones sociales no están ya sujetadas a su regulación. La volatilización de la riqueza permite el colapso de la economía de un país en menos de una semana por la simple migración del flujo de capitales.⁵¹⁹ Incluso los países desarrollados y ricos buscan alianzas para hacer frente a las potencias del mercado y de esta manera, agrandando la posibilidad de regulación de algunas actividades. Por lo tanto, es evidente que hay crisis en el ámbito del derecho, lo que directamente influye en los derechos fundamentales, que se necesitan internacionalizar ante el contexto de mundialización de economía y relaciones sociales.⁵²⁰

En el plano interno se evidencia no sólo la dificultad de tutela de una sociedad multicultural, sino principalmente, la necesidad de conciliar un Estado-Providencia en

⁵¹⁷ Expresión de CANOTILHO citada por Andreas KRELL, *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*, in *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. / José Luiz Bolzan de Morais[et. al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25/66.

⁵¹⁸ Sin duda, los mejores ejemplos de esa repercusión propia de la sociedad de riesgo son el medio ambiente y las experiencias genéticas. Sin embargo, se puede incluir de entre los factores de la sociedad de riesgo mundializada hasta mismo la volatilidad del capital, elemento fundante de la economía globalizada. Además de presionar absurdamente el poder fiscal del Estado, mientras hace huir el capital, están las economías sujetas a crisis especulativas, o mismo obligadas a la adecuación de políticas económicas y sociales a la lógica del mercado internacional. No sería absurdo decir que con la economía globalizada fundada en el capital, volvió la mano invisible, más grande y más terrible que antaño.

⁵¹⁹ Véase entre nosotros los tristes ejemplos de México, Brasil y después Argentina.

⁵²⁰ Como observa Teresa VICENTE GIMÉNEZ: “En nuestra sociedad, el Estado ha perdido su soberanía en la determinación de las políticas económicas, lo que desplaza el fragil equilibrio entre el principio del mercado y el principio social hacia la hegemonía del primero. La población sin apenas derechos sociales pierde su poder negociador como fuerza social, y con ello, refuerza la capacidad de dominación del poder económico, que ya no tiene necesidad de pactar la redistribución de la riqueza y la paz social. En el actual contexto, el deterioro del Estado social y de la ciudadanía social convierte al poder económico – con la ayuda del poder mediático – en el único poder efectivo para el uso y control total capacidad de dominación de nuestro planeta.” (Teresa Gimenez, p. 68)

ruinas con los anhelos privatizadores del mercado. Casi existe una imposibilidad de contestar a las exigencias contradictorias de una sociedad que exige libertad y disminución del Estado al mismo tiempo que pretende un elevado nivel de bienestar y seguridad sociales.

Así crecen las demandas de la sociedad interna pluralizada y disminuyen las posibilidades por la crisis financiera de los Estados. Frente a esos nuevos desafíos en el plan interno cumple a la Sociedad y al Estado la tarea de repensar la concepción de derechos fundamentales de antaño, principalmente los derechos sociales. Como observa Andreas KRELL, la interpretación de los derechos sociales ya no es una cuestión de “lógica jurídica”, sino de consciencia social de un sistema jurídico como un todo.⁵²¹ Ante el contexto caótico de posibilidades estatales desvelado por el binomio gran demanda *versus* pocos recursos, los conceptos de solidaridad o universalidad de los derechos sociales deben adecuarse a los nuevos desafíos. No se habla ya de derechos sociales extensibles a todos los ciudadanos, sino a todos los que de ellos necesitan.⁵²²

4.1.1.2 La actualidad de los derechos sociales prestacionales

Es exactamente esa la crisis en la capacidad regulativa de los Estados –que ya no tienen la fuerza ilimitada de antes para realizar su actividad interventiva de forma ilimitada -, aliada al alcance de un grado de desarrollo aceptable y deseable en las prestaciones laborales, algunos de los principales factores del crecimiento de importancia de la tutela de los derechos sociales partiéndose de prestaciones concretas por parte del Estado. La actividad interventiva tiene que desplazarse más y más al ámbito internacional, debido a la necesidad de reunión de fuerzas para enfrentar a los mercados volátiles y globalizados. Ante este contexto, parece más al alcance de los Estados que se vuelva a la tutela interna de los derechos sociales a

⁵²¹ Cf. KRELL. *Controle judicial*..... p. 44. Aquí nuestras sinceras disculpas al autor porque la expresión no fue utilizada en ese contexto.

⁵²² En este sentido Andreas KRELL: “Nessa sua visão, o acesso universal igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, se torna utópico, uma ‘proclamação demagógica’, que gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos.” Cf. KRELL, *Controle judicial*.... p. 44

través de acciones más concretas de protección a individuos en situación de peligro social.

Sin embargo, al mismo tiempo en que se alcanza un grado de desarrollo satisfactorio con relación a la protección laboral se revela la insuficiencia de esa actividad meramente interventiva para proteger todas las capas de la población. Actualmente, se observa una preocupación constante del Estado en la articulación de políticas de protección a la minusvalía (cuotas) y a la calificación de los individuos al trabajo (educación), alterando considerablemente la concepción de promoción de derechos sociales en comparación con su origen. El individuo solamente pasa a estar metido en la sociedad cuando adquiere capacidad para el trabajo.

En ese nuevo momento, hay que avanzar en el sentido de la tutela de situaciones donde hay una falla en la autopromoción del individuo, en la formación de los llamados bolsas de pobreza o en situaciones de pobreza extrema en casos individuales. Así, con respecto a dichos casos, las acciones que eran antes guiadas por universales o eminentemente colectivas, ahora adquieren carácter selectivo y concreto.

De esa manera, se constata la insuficiencia de políticas guiadas solamente por derechos sociales a prestaciones normativas, pues estas pueden dejar desamparadas exactamente las partes más necesitadas de la población. Mientras solamente alcanzan situaciones formales, pueden dejar de un lado una importante gama de la población en situación de riesgo: aquellos que no tienen empleo o los detentores de subempleo. Dichas críticas en relación con la insuficiencia de los derechos liberales clásicos, en ese punto, también se pueden aplicar a los derechos sociales a prestaciones normativas. Así ocurre, porque estos alcanzan solamente los trabajadores con situación formalmente definida, asociándose el concepto de titularidad de derechos a la existencia de un vínculo laboral. Además, exigen una regularización frente al Estado, lo que raramente se verifica en las capas más necesitadas, generalmente víctimas de una exclusión social que puede ocurrir por los motivos más distintos. En Brasil, por ejemplo, se constatan situaciones de pobreza extrema que tienen como causa razones exclusivamente económicas. En Europa, al contrario, es posible decir que estas exclusiones son generadas por motivos de inmigración y de un no reconocimiento de formalidad a individuos incorporados a las sociedades. En ambos casos, tales individuos no alcanzan una

situación de formalidad que los permita gozar tanto los derechos de libertad clásicos como los derechos sociales a prestaciones normativas.

Como apunta María J. AÑÓN ROIG: “Esto ha producido una *dualización* social con dos grupos nítidamente diferenciados. La de los ciudadanos, que son trabajadores con empleos estables («integrados en el empleo»), con prestaciones públicas y privadas del más alto nivel (protección social pública fuerte o planes de previsión privados, y por otra parte los «ciudadanos sin», los «no integrados», sin trabajo, sin papeles, sin hogar, o sin lugar en la sociedad). Estos últimos, sin trabajo o con trabajo inestable tienen reconocidos «unos mínimos» de asistencia social pública, que eviten no ya la *fragmentación* sino la *desintegración* de una parte de la sociedad y sus consecuencias amenazantes – delincuencia, criminalidad, bolsas de miseria.... Es una especie de «financiación», bajo mínimos, de la exclusión.”⁵²³

Por tanto, se puede decir que los derechos sociales prestacionales constituyen derechos con fundamento propio y con objetivos bien definidos. Si antes se podría decir que los derechos sociales tenían como objeto la tutela de promesas no cumplidas de los derechos de libertad, con el objetivo de suplir desequilibrios de las situaciones de desigualdad que pueden causar el libre mercado, de la misma manera es posible constatar que los derechos sociales prestacionales vienen a tutelar las situaciones sociales no alcanzadas por los derechos sociales interventivos. Aquí se trata de tutelar parámetros mínimos de dignidad que individuos socialmente desfavorecidos no poseen condiciones de proveer por sus propias fuerzas. En una concepción inicial⁵²⁴, actúan subsidiariamente a los propios derechos sociales interventivos.

Como destaca Teresa VICENTE GIMÉNEZ, “Se distingue en primer lugar entre, por un lado, los derechos y libertades económicos individuales y, por otro, los poderes estatales de intervención en la economía dando mayor valor, una ‘plusvalencia’ de unos frente a otros; y en segundo lugar estableciendo la economía de mercado, y sus libertades correspondientes como el modelo o regla, y la

⁵²³ AÑÓN ROIG, *Lecciones*, cit., p. 35-36.

⁵²⁴ Decimos concepción inicial porque aquí nos referimos a su mínimo. Dependiendo de la concepción de Estado, esos derechos pueden ser extendidos como derechos universales. Todavía, para su aplicabilidad directa a partir de la constitución, entendemos que estarían comprendidas las situaciones de riesgo social, o sea, en los casos en los que el individuo no tiene condiciones de proveer por sus propios medios. No estaría, por lo tanto, incluido en ese caso, políticas públicas que optaran por custear tales servicios a la totalidad de la población, pues en ese caso no hay dudas en cuanto a su reconocimiento como derecho.

intervención del Estado como excepción, es decir, restaurando la subsidiariedad de la actuación de los poderes públicos respecto al principio de autonomía de mercado.”⁵²⁵

4.1. 2 Características y fundamentos

4.1.2.1 La subsidiariedad de los derechos sociales

Como antes hemos dicho, los derechos sociales prestacionales poseen carácter subsidiario. Así nos referimos cuando consideramos que son creados para suplir deficiencias o demandas en áreas no alcanzadas por otros derechos. Según entendemos, aunque relativamente diversos, todas las especies de derechos fundamentales – sea este derecho social, sea derecho de libertad– comulgan del mismo objetivo: la protección de la libertad del individuo en el medio social. De ahí que los distintos tipos de derechos fundamentales aparezcan en momentos diversos, es decir, sucesivos, de acuerdo con las necesidades de protección que vayan surgiendo de acuerdo con los cambios sociales.

La diferencia no está en su condición de derechos o no, sino en la lógica que demandan en su proceso de aplicación y en los fundamentos sobre los que se rigen. Si los derechos de libertad constituyen medios de defensa o inmunidades en contra de la acción estatal, los derechos sociales constituyen medios de defensa o inmunidades frente a la acción de la economía de mercado (por eso decir que los primeros se los hace en contra del Estado y los segundos a través del Estado). Pero ambos comulgan con el objetivo de protección del individuo en contra de las fuerzas sociales, sea el Estado, sea el mercado o la desigualdad generada en el medio social.

Así, en razón de la superveniencia de los derechos sociales (prestacionales o normativos) en relación con los derechos de libertad se puede decir que éstos son creados, primeramente, para suplir zonas de protección del individuo no cubiertas por los clásicos derechos de libertad. Por ejemplo: ¿Qué condición posee un

⁵²⁵ VICENTE GIMENEZ, Teresa, cit., p. 89.

ciudadano de ejercitar libremente su libertad política si está dependiente de la caridad del gobernante de ocasión? ¿Qué condición posee el trabajador de celebrar un contrato de trabajo en condiciones dignas si está en situación de desesperación y totalmente sujeto a la voluntad de su potencial empleador? ¿Qué condición posee un analfabeto de ejercer plenamente su derecho de expresión? ¿Qué posibilidad tiene un ciudadano de realizarse personalmente si posee enfermedad a cuyo tratamiento no se puede someter por ausencia de recursos económicos?

Además, en la sociedad actual también las condiciones materiales influyen en el goce de las libertades, cuando no estén garantizados padrones mínimos de supervivencia social. Como bien observa BOCKENFORDE, si desconsideramos o fingimos no ver que no todos los ciudadanos parten de las mismas condiciones, o que los derechos de libertad necesitan de condiciones mínimas a que sean realizados, la mera intervención en contra de la acción estatal parece suficiente para la realización de la libertad. Ahora bien, si hacemos algunos cuestionamientos como “¿basta con esto para el hombre del siglo XX, situado entre múltiples dependencias sociales? ¿Y qué sucede con la garantía estatal de la libertad frente al poder social y su creación, que se produce precisamente como consecuencia de la garantía delimitadora de los derechos fundamentales liberales, es decir, a partir de la diferente realización de la libertad por parte de los titulares individuales de derechos fundamentales y que puede cuestionar para otros muchos individuos la posibilidad de realización de la libertad de los derechos fundamentales?”, queda evidente la insuficiencia de esos derechos en relación con importante parcela de la población.⁵²⁶

Con todo, aunque tal aseercción parezca obvia, creemos que esta subsidiaridad de los derechos sociales, principalmente los prestacionales, es de suma importancia en el momento de su aplicación, principalmente para rebatir críticas de los que los consideran muy vagos o indeterminables, por lo que solo pueden ser atendidos partiéndose de políticas públicas. Considerando la subsidiaridad de dichos derechos, creemos que esta puede servir como importante parámetro a su aplicación. En este caso, se consideran derechos ya consolidados y de incuestionable aplicabilidad, como los derechos de libertad. Pueden servir como parámetro a la aplicación de un derecho social prestacional cuando determinada situación concreta del individuo así

⁵²⁶ BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. [trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez], Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 52.

lo determine, el impedimento que ese obstáculo social le causa al goce de sus derechos de libertad en las mismas condiciones (básicas) de los demás ciudadanos. En ese caso, el límite de la prestación es exactamente la situación de debilidad para ejercer un derecho fundamental clásico de libertad, siempre consideradas las posibilidades estatales.⁵²⁷

Así, entendemos que la subsidiaridad de los derechos sociales no se resume a su comparación sólo con los derechos de libertad. Distintos tipos de derechos sociales se caracterizan por el hecho de que surgen con el objetivo de remediar insuficiencias de otros tipos de derechos sociales. Es el caso, por ejemplo, de los derechos prestacionales en relación con los derechos interventivos.⁵²⁸

Un modelo contemporáneo de sociedad y economía globalizado ha impuesto al Estado una reformulación en su forma de tutela de libertad de los individuos a través de derechos sociales. Si por un lado se puede decir que ha habido un avance de las políticas de protección al trabajo en términos globales, por otro lado se destaca la pérdida del poder estatal para la creación de otros derechos de intervención sin la concordancia de los poderes económicos. Tal fenómeno de condicionamiento del Estado por el poder económico se da en razón de la dinamicidad adquirida por las fuerzas productivas y detenedoras del capital, que en la ausencia de condiciones favorables o aceptables, migran con extrema facilidad a otros puntos donde encuentra mayores facilidades de obtención de resultados económicos. Como observa VICENTE GIMÉNEZ:

En nuestra sociedad, el Estado ha perdido su soberanía en la determinación de las políticas económicas, lo que desplaza el frágil equilibrio entre el principio del mercado y el principio social hacia la hegemonía del primero.

⁵²⁷ Ejemplo muy claro de eso está en la norma de la Constitución Española que garantiza la asistencia por un abogado. Se trata, evidentemente, de un derecho a la prestación material (de un bien al que el ciudadano tendría acceso en caso de que tuviera condiciones. Pero, por falta de ellas, se impone al Estado el deber prestacional de disponibilizar defensor). Aunque por detrás lo que se protege es un derecho de libertad.

⁵²⁸ Cláudia PIOVESAN y Daniela IKAWA tratan de esa subsidiaridad a partir de un otro ángulo, el de que los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de libertad son indivisibles e interdependientes. Se trata de la misma idea, tratada por enfoques diversos. Como apuntan: "Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionado, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Ao encaminhar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, leciona Hector Gros Espielli: «Só o reconhecimento integral de todos esses direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem efetividade de gozo dos direitos econômicos sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação»". (PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela. "Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos", *in Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, [coord. Carmen Lúcia Antuens Rocha], Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2005, p. 47-84, p. 51).

La población sin apenas derechos sociales pierde su poder negociador como fuerza social, y con ello, refuerza la capacidad de dominación del poder económico, que ya no tiene necesidad de pactar la redistribución de la riqueza y la paz social. En el actual contexto, el deterioro del Estado social y de la ciudadanía social convierte al poder económico – con la ayuda del poder mediático – en el único poder efectivo para el uso y control total capacidad de dominación de nuestro planeta.⁵²⁹

Así, ante la pérdida del poder de imposición del Estado y su condicionamiento por el mercado, las políticas de tutela de derechos sociales se han caracterizado por dos fenómenos: en el ámbito externo, de perfeccionamiento de las políticas interventivas, el Estado se ha vuelto al derecho internacional, buscando adquirir fuerza política para imponer condiciones a un mercado también globalizado. En el ámbito interno, en razón de esa pérdida de capacidad de imposición, se destacan con respecto a los derechos sociales un cambio de actitud, buscando el Estado realizar tareas distributivas, a través del ofrecimiento de bienes y servicios cuyo acceso se restringe a las personas en estado de mayor debilidad económica.⁵³⁰

Sin embargo, si consideramos un nivel satisfactorio de normas proteccionales del trabajo y de la menor necesidad de los ciudadanos que detienen trabajo formal en condiciones salubres y razonablemente bien pagado, agregándose el hecho de que en la sociedad contemporánea el único factor de promoción social y económica es el trabajo, parece correcto el "direccionamiento" de políticas en el sentido de: a) proteger dicha parte de la población del desamparo extremo a través de derechos prestacionales, alcanzándoles bienes disponibles en el mercado que ellos no tienen condiciones de adquirir; b) promover su ingreso en el mercado de trabajo a través de acciones promocionales.

Así, se puede decir también que los derechos sociales prestacionales constituyen derechos subsidiarios a los propios derechos sociales interventivos, porque atienden a una parte de la población que no tiene condiciones de disfrutar no sólo de los derechos de libertad, sino que también está fuera de la protección de los derechos sociales de intervención. Dichas cuestiones, por lo tanto, se repiten: ¿de

⁵²⁹ VICENTE GIMENEZ, Teresa., cit., p. 68.

⁵³⁰ En el análisis de VICENTE GIMENEZ: "Se distingue en primer lugar entre, por un lado, los derechos y libertades económicos individuales y, por otro, los poderes estatales de intervención en la economía dando mayor valor, una 'plusvalencia' de unos frente a otros; y en segundo lugar estableciendo la economía de mercado, y sus libertades correspondientes como el modelo o regla, y la intervención del Estado como excepción, es decir, restaurando la subsidiariedad de la actuación de los poderes públicos respecto al principio de autonomía de mercado." (Teresa Gimenez, p. 89)

qué sirven los derechos laborales a los que no tienen trabajo? ¿De qué sirven los derechos del consumidor a los que no pueden consumir?

Por tanto, también en este sentido está la subsidiaridad de los derechos prestacionales con respecto a los derechos sociales a prestaciones normativas, así como en relación con los derechos de libertad. Por esa subsidiaridad es por la que temporalmente se suceden siempre actuando de forma complementaria en el intento de garantizarle una independencia social al individuo.

4.1.2.2. Dignidad como núcleo conceptual y fundamento de los derechos sociales

La consideración de la dignidad como elemento fundamental de los derechos sociales prestacionales sigue la misma línea lo cual fue tratando cuando al abordar el carácter subsidiario de esos derechos. Una vez definidos los derechos de libertad como los derechos fundamentales al individuo en el medio social, los que han sido descubiertos a través de un proceso racional y considerados como derechos extensibles a todos los individuos, bastando para eso su condición de ser humano, no parece difícil concluir que la imposibilidad de goce de esos derechos de libertad a causa de problemas de orden material afecta, incluso por la lógica de los derechos de libertad, la dignidad humana de esas personas imposibilitadas de gozar los derechos más básicos.

Según entendemos, un punto fundamental para la comprensión de los derechos sociales es su relación intrínseca con el concepto de dignidad humana. Cuando aquí nos referimos al concepto de dignidad, no lo hacemos con objeto de apelar a conceptos morales o éticos que – preferentemente- deben basar los derechos. Nuestra relación tiene por fundamento datos históricos y empíricos, es decir, la búsqueda de la dignidad está presente en el nacimiento de cada uno de los derechos sociales, por lo que éste parece ser el punto de comienzo a pautar su interpretación. En el caso, por ejemplo, de los derechos laborales, éstos tienen por fundamento la constatación de la ausencia de capacidad de negociación en iguales condiciones del valor y condiciones de la venta del trabajo.

Igualmente, derechos prestacionales como educación y salud tienen como fundamento la constatación de la importancia de la garantía de estos bienes como

fundamentales a la vida y a la convivencia social, siendo el Estado el más indicado para gerenciar políticas en ese sentido. Son bienes fundamentales que no pueden faltar a los que no los pueden proveer por sus propios medios.

La dignidad constituye, por tanto, el fin del camino trazado en la creación de los derechos, como analizado cuando tratamos de la subsidiaridad. Un individuo que tiene violada su dignidad por las condiciones sociales en las que está colocado es porque no disfruta de sus derechos de libertad o no tiene acceso a un trabajo digno que le permita costear sus necesidades más urgentes. No siendo posible la solución de su problema a través de los derechos de libertad, lo que generalmente no es el caso, es por medio de los derechos sociales como se puede restablecer dicha dignidad. Con eso está de acuerdo Teresa GIMÉNEZ, cuando apunta que “una manera de abordar la cuestión de la naturaleza de los *derechos sociales* es a partir de la defensa de la dignidad humana como idea que tradicionalmente ha definido el núcleo conceptual y el fundamento de los derechos humanos, y desde ahí, mostrar la necesidad de completar actual teoría jurídica con un desarrollo dogmático de los derechos sociales.”⁵³¹

La dignidad es fundamental también para comprender la igualdad como fundamento de los derechos sociales. Cuando se habla de igualdad como fundamento de derechos sociales se está refiriendo a la concepción de seres humanos como iguales en dignidad. Si una parte de la población está, por motivos externos, es decir, por razones sociales, alejada de padrones de dignidad por la imposibilidad de goce de derechos básicos de libertad o de mantener subsistencia por el trabajo, es deber del Estado intervenir para restablecerle un mínimo de dignidad.

Así, entendemos que aunque la dignidad sea innegablemente el núcleo de los derechos sociales, hay que observar que en el caso de los derechos sociales prestacionales esa exige, también, un importante complemento: la solidaridad. Como se visto, derechos prestacionales tienen por fundamento transferencias económicas o mantenimiento de estructuras a aquellos que no disponen de condiciones para obtener, por sí, algo que está disponible en el mercado. Por la dependencia de esa solidaridad, muchas veces la realización de los derechos sociales está condicionada a lo cuánto los demás están dispuestos a acceder o contribuir a la satisfacción de los

⁵³¹ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blach, 2006, p. 28.

derechos de esos más necesitados. Debido a eso, los derechos sociales, principalmente los prestacionales, están condicionados por decisiones políticas que expresarían ese acuerdo de solidaridad, es decir, esa autorización para la realización de la solidaridad por parte del Estado.

Es muy relevante en esa dependencia de los derechos sociales prestacionales a la autorización social el concepto de dignidad para la consideración de los derechos sociales prestacionales como verdaderos derechos. Hay que observar que esos individuos son puestos en situaciones extremas de necesidad no por su propia voluntad, sino por un contexto social que les desfavorece. Así, encuentran violada su dignidad por factores extrínsecos, ajenos a su voluntad. Factores, por tanto, sociales. Por eso, considerándose esa equivocada distribución de riqueza en determinado grupo social, las prestaciones involucrando mínimos de dignidad – es decir, imposibilidad de goce de los derechos de libertad y falta de un trabajo que asegure un mínimo de garantía –, no se pueden quedar a la merced de un acuerdo de solidaridad de esa misma sociedad que ha generado esa exclusión. En concreto, no se puede condicionar el reconocimiento de esos derechos a un patrón mínimo a un acuerdo social, mientras la exclusión que los genera es producto del propio medio social.

Por otro lado, la consideración de derechos sociales prestacionales sin la imposición de criterios limitativos puede provocar un desprendimiento de los derechos sociales prestacionales de las condiciones reales de la sociedad donde han sido previstos, lo que contribuiría a su ineficacia, mucho más que a su eficacia y consideración como verdaderos derechos. Igual, en el campo político provoca un desacuerdo social, exactamente porque rompe con la solidaridad exigible a los demás ciudadanos.

A causa de eso se revela otra característica de los derechos sociales, muy relacionada con el propio concepto de dignidad. Bien el nivel de exigencia de derechos sociales, bien el concepto de dignidad, cambian temporal y espacialmente. Condiciones dignas de trabajo, la noción de empleo y subempleo, la noción de remuneración justa o incluso de condiciones mínimas de prestación sanitaria cambian si consideramos, por ejemplo, la sociedad europea actual y la de comienzos o medios del siglo XX. Sin embargo, el nivel de dignidad a garantizarse cambia mucho si lo comparamos a la situación de un ciudadano de Dinamarca a la

de un ciudadano de un pueblo del Norte de Brasil. Así, el concepto de dignidad cambia de acuerdo al parámetro impuesto por la sociedad en la que está inserto, lo que será determinante al analizar la situación concreta de este sujeto y el nivel de exclusión al que está sometido.

Así como ocurre la variación del concepto de dignidad, también los procesos de definición y concretización de derechos sociales, principalmente los prestacionales, se pueden originar de un proceso progresivo. Por eso se explica a lo que llamamos “jerarquía entre los derechos sociales prestacionales”.

En muchos ordenamientos están previstos en la constitución una serie de derechos sociales prestacionales positivados a través de estructuras normativas prácticamente idénticas. Sin embargo, solamente algunos reciben acogida en la práctica jurídica, mientras otros son tratados como meros objetivos a alcanzar. Ejemplo claro es el caso brasileño, donde hace ya algún tiempo se ha reconocido la aplicabilidad directa de la norma que determina el derecho a la educación básica gratuita. Solamente en un segundo momento se pasa a reconocer la tutela a la salud y las prestaciones por parte del Estado en el campo médico. En los dos casos, el reconocimiento de aplicabilidad directa a dichos derechos progresó con la evolución de la garantía al derecho de acceso a los tribunales. Pero si se considera el derecho a la vivienda – igualmente constitucional y con la misma estructura normativa - se tiene que éste no goza de la misma fuerza jurídica, porque entiende la práctica jurídica que aún no puede hacer parte del nivel de dignidad alcanzado por el patrón mediano de dignidad de la población. Este mismo derecho es objeto de discusión, en la actualidad, en España, que hace ya bastante tiempo que alcanzó niveles satisfactorios de educación y posee una política sanitaria adecuada, aunque no están considerados esos derechos como directamente aplicables.⁵³²

⁵³² La no consideración, por ejemplo, de la tutela sanitaria como derecho aplicable directamente de la constitución muestra la importancia del concepto de dignidad al reconocimiento de derechos sociales. Cuando se presta el servicio de forma ecuánime, alcanzando toda la población, no hay una desigualdad que sea capaz de evidenciar una violación a la dignidad de una parte que no consigue el acceso disfrutado por la mayoría. De esa manera, no existe la necesidad de una intervención judicial, pues no se ofiende el parámetro de dignidad. En el caso de Brasil, donde el derecho está considerado directamente aplicable hace algún tiempo (aunque la Constitución sea de 1988), se tiene un país que es referencia mundial en la medicina privada, pero que la mantenía (y aún la mantiene en algunos casos) inaccesible a la mayor parte de la población, dependiente de un servicio público insatisfactorio. En ese caso, es evidente la ruptura del parámetro de dignidad, porque hay disponibilidad de un tratamiento satisfactorio a los que poseen medios de custearlo.

4.1.2.3 Derechos sociales como derechos de igualdad

Característica importante de los derechos sociales está en lo que se refiere a su relación con el principio de la igualdad. Como se ha verificado al tratarse de los derechos sociales como derechos subsidiarios y relacionados íntimamente a la dignidad de la persona, es importante en la consideración de los derechos sociales un tipo distinto de igualdad. En lugar de la igualdad como medio, buscada por los derechos de libertad, una igualdad como fin, en el sentido de ofrecer condiciones para que todos tengan condiciones mínimas de ejercer sus derechos básicos de ciudadanía.

Siendo la búsqueda de un patrón mínimo de igualdad la finalidad de los derechos sociales, parece posible sostener que el principio para su aplicación será la constatación de una desigualdad. Desigualdad ésta que sea de tal manera intolerable que imponga la acción interventiva estatal consistente en restablecer patrones mínimos de igualdad. Según apunta Ruth MESTRE i MESTRE “es posible sostener que el elemento que nos da la clave para determinar «fundamentalidad» de los derechos es la finalidad última que se proponen y no la forma que se despliegan en la realidad. Los derechos sociales, en tanto que derechos fundamentales sintetizan el valor de la persona y su prioridad respecto a cualquier institución medio, siendo su objetivo favorecer el protagonismo de la persona en la vida social. Esto quiere decir que el concepto que torna relevante en el contexto de los derechos sociales es el de desigualdad o el de discriminación de hecho.”⁵³³

La gran cuestión que hay que plantearse, principalmente para la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales, será la de construir un sentido de “desigualdad intolerable que le otorgue al individuo el derecho de exigir una prestación estatal”. En ese caso, además de otros criterios concretos que pueda la jurisprudencia crear, notamos que se hace absolutamente necesario atender a las demás características de los derechos sociales prestacionales. Como se ha dicho, considerar una desigualdad intolerable cuando afectada la dignidad del ciudadano de manera desproporcional (dignidad) o cuando imposibilitado del goce de derechos

⁵³³ MESTRE i MESTRE, Ruth. “El fundamento de los derechos sociales (I) Derechos sociales y necesidades básicas”, in *Lecciones de derechos sociales*, [org. Maria José Añón Roig y José García Añón], Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 115.

básicos de libertad (subsidiaridad) constituye ya un buen comienzo, pues elimina una serie de eventuales obstáculos creados bien por la doctrina, bien por la jurisprudencia. Pero este punto será analizado más adelante de forma más detallada.

Hay que destacar, cuando afirmamos la igualdad como finalidad de los derechos económicos, sociales y culturales, dos puntos fundamentales. El primero es que esta igualdad como objetivo se la alcanza por la realización de padrones mínimos de igualdad que le permitan al individuo mantenerse en un promedio en sus relaciones sociales, dependiendo del campo en el que se esté tratando. Cambia, por tanto, de acuerdo con condiciones concretas, no exigiéndose, por eso, una igualdad absoluta. En segundo lugar, la igualdad que se tutela en este caso es una igualdad material y, así, externa al individuo. Está relacionada con las condiciones en las que ese individuo se ve insertado en su grupo social propio. Depende tanto de su caso individual como de las condiciones de la colectividad de la que participa.⁵³⁴

En el aspecto interno, por tanto, no puede y no debe haber violación a la autonomía interna del individuo en esa búsqueda de igualdad. Por autonomía del individuo tenemos el reconocimiento y el respeto a las diferencias de carácter y opciones entre los individuos en una sociedad multicultural y de libre acceso a la cultura y propias opciones, que deben ser respetadas tanto por la sociedad como por el derecho contemporáneos. El objeto de la igualdad como fin de los derechos sociales será exactamente el de garantizar esa autonomía por medio de viabilizarle al individuo los medios de acceso a estas opciones, sea para garantizarle políticas de salud, sea para ofrecimiento de educación, de condiciones dignas de vida y de trabajo, etc. Su foco estará por lo tanto en la desigualdad externa al individuo, en la desigualdad social.⁵³⁵

Sin embargo, la igualdad como fin está limitada en prácticamente todos los ordenamientos en los que está reconocida la igualdad como medio. Como hemos

⁵³⁴ Como dice VIEIRA DE ANDRADE: "O homem que constitui o ponto de partida e o titular dos direitos é agora o homem socialmente «situado» e «inserido», o membro da sociedade numa linguagem organicista, que vê os seus direitos talhados a uma medida e num plano sociais. Já não é o portador abstracto e isolado de interesses primários, pré-sociais, que esgrime a sua autonomia como regra e condição de um contrato social: é um elemento de um conjunto, responsável e condicionado, limitado à partida, carregado com o seu passado social e, nesse sentido, um homem aposteriorístico." (VIEIRA DE ANDRADE, J.C., *Os direitos fundamentais...*, cit., p. 61).

⁵³⁵ Es exactamente por eso que la igualdad no puede ser total. Deben ser respetadas tanto las opciones que el individuo hace a su propia vida como el esfuerzo individual que debe ser premiado o recompensado, así como la mayor dedicación al trabajo, a los ahorros o el mayor cuidado con la salud corporal o financiera.

tenido la oportunidad de ver en el análisis de los principios jurídicos, lo que caracteriza tanto igualdad formal como igualdad material como principios, es exactamente esta dialéctica incesante trabada por estas normas contrapuestas, que ejercen un rol fundamental para que la igualdad formal no se transforme en instrumento de perpetuación de desigualdades o la igualdad material no desconsidere esfuerzos individuales. Así que, considerándose esa interesante dialéctica constitucional, se concluye que el propio concepto de igualdad como fin o igualdad material, ya nace limitado. Por eso, sólo se lo podrá aplicar cuando configuradas condiciones de desigualdad intolerable, cuando esté in viabilizado el goce de derechos de libertad y violada la dignidad del individuo.⁵³⁶

Como fácilmente se puede constatar, esa desigualdad intolerable no es algo tan evidente ni tan generalizado, factible de aplicarse a todas las relaciones sociales. Igualmente, en los casos en los que alcanza una gran parte de la sociedad o un ámbito específico de relaciones sociales, podrá ser tutelado partiéndose de reglas, así como ocurre con los derechos sociales a prestaciones normativas, que tienen como su mayor ejemplo las relaciones laborales. Pero también puede verificarse a partir de casos individualizados, en los que la situación social del individuo demuestre categóricamente que éste se encuentra desamparado o demasiado frágil en relación con el grupo social en el que está inserido. En ese caso, el criterio de desigualdad y la medida correspondiente para sanarla solamente se la podrá verificar partiéndose del análisis de situaciones concretas. Por eso gran parte de los derechos sociales prestacionales tienen su previsión a partir de principios, no porque constituyen puras promesas, sino porque demandan un análisis concreto.

⁵³⁶ Sobre este conflicto escribe Luis Prieto SANCHÍS, manifestando opinión sobre la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales que poco a poco parece mitigada a lo largo de los años (el texto es de 1990): "Por otra parte, los principios del capítulo III pueden presentar alguna dificultad desde el punto de vista de la igualdad, ya que suelen implicar prestaciones a favor de cierta categoría de personas y, aunque con ello se persiga la satisfacción de la igualdad substancial (art. 9.2), siempre resultará discutible si se respeta la igualdad formal del art. 14. Ello supone una decisión que necesariamente altera el esquema social, que es muy posible que sea desigual, pero que requiere una valoración importante acerca de los fines de la sociedad y del Estado que, en un sistema democrático, no puede corresponder más que al legislativo. Desde una perspectiva diferente, mientras que las libertades o los derechos civiles no se obstaculizan ni estorban recíprocamente y pueden garantizarse de modo igualitario a todos, la satisfacción de derechos sociales nunca puede ser homogénea y uniforme, pues requiere el empleo de recursos comunitarios escasos, lo que implica una decisión acerca de las necesidades prioritarias y del consiguiente reparto de dichos recursos; es decir, no se trata de una mera actividad de gestión que pudiera confiarse a la autoridad gubernativa, sino del diseño de toda una política social y económica que sólo puede corresponder a la representación popular, a la ley; entre otras cosas porque se traduce en definición de posiciones jurídicas de ventaja que han de valorarse a la luz del principio de igualdad." (in *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 202).

Según entendemos, los derechos económicos, sociales y culturales prestacionales son derechos relacionados con situaciones concretas por el simple motivo de que tienen como objeto la prestación de bienes concretos, dependen de medios concretos y por eso también su goce y titularidad deben estar relacionados a las condiciones sociales concretas de los ciudadanos. Su rasgo diferencial con respecto a los derechos de libertad es exactamente el de establecer un tratamiento distinto a aquellos socialmente perjudicados o discriminados.⁵³⁷

Así pues, esta incidencia compleja entre principios de igualdad formal y material, así como la necesidad de análisis del caso concreto para configuración de la existencia del derecho y de los límites de la prestación demandan, tanto de las autoridades políticas, como del juzgador en el caso de aplicación directa de la norma constitucional; la elección de un parámetro de igualdad que se debe utilizar para delimitar tanto el derecho como la prestación exigible.⁵³⁸ Como observa RUBIO

⁵³⁷ También en ese sentido hemos tenido la oportunidad de escribir en el artículo titulado “Igualdade substancial e titularidade dos direitos sociais prestacionais”, verbis: “Ao analisarmos a estrutura e fundamento dos direitos fundamentais podemos observar claramente que os direitos fundamentais de inspiração liberal possuem íntima ligação com a igualdade formal, enquanto os direitos sociais prestacionais encontram seu fundamento na própria igualdade material. Aplicar-lhes a mesma lógica constitui grave equívoco. Conforme observa Luis Prieto SANCHÍS, a igualdade de fato somente tem sentido se considerado o “homem concreto”, ou seja, o homem em seu contexto social, uma vez que este é o único capaz de sofrer com a desigualdade fática”. Tuviesen los derechos prestacionales como objeto el “hombre abstracto” ninguna desigualdad jurídica podría justificarse constitucionalmente, ya que el hombre es por esencia en su condición abstracta igual y por lo tanto, digno de la misma consideración. Por un análisis al revés, se puede también decir que la igualdad formal demanda en su protección un tipo de derecho distinto de igualdad material, ya que para su protección, es decir, el mantenimiento de un contexto de igualdad, necesita solamente de deberes de abstención o de no discriminación. Mientras tanto, la igualdad material demanda derechos de estructura más compleja, directamente relacionados a la existencia de un Estado social y condicionada a posibilidades materiales, lo que hace que muy costosamente permita la existencia de posiciones subjetivas de desigualdad jurídica o normativa⁵³⁷. En ése mismo sentido la lección de G. PECES-BARBA cuando dice que “son derechos fundados en el valor igualdad y que utilizan la técnica de la equiparación si lo vemos desde el punto de vista y los objetivos, y de la diferenciación si los vemos desde el punto de vista de los medios empleados. Lo que identificará al menos inmediatamente, a esos derechos es esta técnica de diferenciación, tratar desigualmente a los desiguales (...)”. Estos derechos, de esa forma, vienen amparados en una idea de solidaridad. La finalidad de intervención del Estado en áreas antes relegadas a la autonomía privada es únicamente la de garantizar que algunos grupos de individuos no queden desprotegidos o desamparados delante de esta nueva situación social en la que se ven involucrados. Como enseña PECES-BARBA, su fundamento está íntimamente relacionado a la autonomía del individuo, que resta comprometida por problemas económicos. Supone una intervención en el contractualismo clásico, posibilitándole al individuo que esté apto a relacionarse con los demás con alguna libertad de elección. Lo que se quiere destacar en esa idea es que no tratamos acá de una solidaridad fundada en una alienación de la personalidad individual al colectivo, sino al contrario, en una forma de garantizar la libertad individual⁵³⁷. (in Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 30, n. 63, janeiro/junho de 2006, p. 146-147).

⁵³⁸ Tal como observa PRIETO SANCHÍS: “Todo ello pone de relieve que la tensión entre igualdad de *iure* e igualdad de *facto*, entre tratamientos normativos homogéneos y diferenciadores, se manifiesta como un conflicto entre principios; esto es, según estudiamos en el capítulo anterior, como un conflicto que no se salda con la pérdida de validez o con la postergación definitiva de alguno de los elementos en pugna, sino que el triunfo de uno u otro depende de las circunstancias del caso y requiere un ejercicio de ponderación singular. La igualdad opera siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y

LLORENTE, para tal operación, la igualdad o desigualdad a que se analice para definir la necesidad de intervención se debe analizar no en su existencia en significación global, sino en uno de sus varios rasgos, sean ellos los términos de comparación que se tomen en consideración para afirmar o para denegar la igualdad entre ellos. La desigualdad es, por tanto, la que refiere solamente a un *tertium comparationis*.⁵³⁹ Partiéndose de ese parámetro es que serán definidas titularidad del derecho y la propia prestación. En este caso, como ya hemos podido manifestarnos, como se refiere a derechos sociales prestacionales cuyo objeto es una prestación económica de bien existente en el mercado, el criterio de desigualdad no podrá ser otro, sino el económico. En caso de imposibilidad de goce de un derecho de libertad por problemas promocionales, el término de comparación no podrá ser otro que el goce de ese derecho en patrones mínimos.

4.1.2.4 El problema de la universalización de los derechos sociales prestacionales

Uno de los problemas más serios con el que nos deparamos al enfrentar los problemas de aplicación directa de los derechos sociales y su dependencia o no de acciones legislativas que definan claramente las prestaciones y establezcan los casos en los que son debidos por el Estado es la tendencia – propia de los derechos liberales clásicos – a la universalización de esos derechos, o sea, su extensión a todos los ciudadanos. Como hemos dicho, los derechos sociales, principalmente los prestacionales, siguen una lógica distinta de los derechos clásicos de libertad, exactamente porque tratan de situaciones de desigualdad, y no de igualdad. Desigualdad ésta que impiden el goce de derechos extensibles a todos.

Por eso, son originados de un *proceso de especificación*, así entendido porque los derechos que siguen esa lógica de disminución de desigualdades que posibilite el goce de derechos de libertad (subsidiarios) tienen por objetivo identificar

siempre habrá una razón para la desigualdad pues no hay dos seres humanos ni dos situaciones idénticas. Ciertamente, como hemos indicado, parece existir una prioridad de la igualdad sobre la diferenciación, de manera que la regla podría describirse del siguiente modo: siempre existe alguna razón para la igualdad y, por tanto, ésta debe postularse mientras que alguna desigualdad fáctica – que siempre existirá – no proporcione una razón que permita o que, valoradas las razones en pugna, imponga una regulación diferenciada.” (PRIETO, Ley, principios, derechos, p. 90)

⁵³⁹ F. RUBIO LLORENTE, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 31, 1991, p. 12 e s..

los sujetos discriminados dentro de un criterio de comparación y proporcionarles medios a la reducción de esa desigualdad. Por tanto, se nombra *proceso de especificación*, porque embasan no más al hombre abstracto, que es siempre digno de igual tratamiento, sino al hombre concreto, sujeto a las más distintas causas de desigualdad y discriminación. Así como observa Ruth MESTRE, “todos los derechos prestacionales son expresiones concretas de la igualdad material, pues consisten en un dar o en un hacer a favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas y que da lugar a obligaciones de organización, procedimiento y prestación, y mientras que la igualdad formal se manifiesta claramente en una posición subjetiva, la igualdad material se vincula más bien a un principio objetivo del estado social.”⁵⁴⁰

Con respecto a esta lógica propia a la que siguen los derechos sociales, es clara la lección de José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, que dice:

A fraternidade anunciada na trilogia revolucionária, mas esquecida, implica uma nova concepção dos direitos sociais, em que os titulares não tenham de ser todos os cidadãos, mas *todos os que precisam*, na medida em que *precisam*, porque a abstração e a universalidade dos direitos não se adaptam aos novos padrões de desigualdades, que não são só estruturais e verticais, são também conjunturais e horizontais e existem dentro do mesmo grupo de potenciais beneficiários.

O Estado pode ter de assegurar a existência de serviços universais em certas áreas, mas não tem necessariamente de manter serviços estaduais de prestação em regime de monopólio – na saúde, na segurança social, na educação e na cultura, como na energia, na água, nas telecomunicações e nos transportes -, muito menos serviços gratuitos, ou tendencialmente gratuitos, que, aliás, têm revelado efeitos fortemente regressivos em termos sociais.

Os direitos a prestações sociais, enquanto direitos fundamentais, tendem, assim, tal como os direitos de determinadas categorias sociais abertas (jovens, idosos, mulheres, mães, deficientes), a constituir discriminações positivas e cada vez menos podem ser concebidos como puros direitos universais de igualdade. Em contrapartida, o conteúdo essencial destes direitos – o *mínimo necessário para uma existência condigna* – poderá ser equacionado, nos seus diversos aspectos, como um direito pleno de todos à prestação do Estado.⁵⁴¹

Así que, en la realización de tareas sociales prestacionales, el direccionamiento de la actividad administrativa en el cumplimiento de dichos problemas debe tener por objeto la corrección de esas desigualdades más urgentes de acceso a bienes esenciales determinados constitucionalmente, que garantizan lo

⁵⁴⁰ MESTRE i MESTRE, Ruth., *Lecciones*, cit., p. 123-124.

⁵⁴¹ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 66-67.

que llamamos de mínimo existencial.⁵⁴² Ante una situación de escasez el problema del reparto de recursos insuficientes, siempre hay que orientar a la protección de aquel grupo que se presente en situación de mayor debilidad. En el caso de los derechos sociales prestacionales que buscan garantizar el acceso a bienes de valor económico, el grupo más desprotegido ciertamente será el de los económicamente en situación de mayor fragilidad. Como apunta BARBERA, solamente cuando están solucionadas las situaciones de pobreza desesperada, podemos tener políticas redistributivas sofisticadas. Sólo después de garantizados los derechos elementales podemos permitir refinamientos con respecto a cuáles de ellos deseamos ver más o menos satisfechos y en qué grado.⁵⁴³

Debe quedar bien claro que nada impide el ofrecimiento de un servicio universal por el Estado, lo que, incluso, es el ideal que buscan todos los ordenamientos.⁵⁴⁴ Pero ante una escasez económica que impida que se pueda atender a todos de forma satisfactoria mientras dure una situación de desigualdad tamaña que muchos no posean acceso a bienes sociales básicos, constituye una desvirtuación de la lógica de los derechos sociales el ofrecimiento de servicios gratuitos a toda la población cuando esto habría de resultar, por falta de recursos, en un servicio insuficiente a todos, dejando a los desprotegidos económicamente a la mercé de una eventual imposibilidad de acceso.

En el caso, el problema que apuntamos no es el hecho de que la universalización esté en contra de los derechos sociales prestacionales. El problema es que el condicionamiento de su goce a una extensión universal genera serios problemas al reconocimiento de su aplicabilidad directa. Cuando se limita la titularidad en parámetros de discriminación concreta –como la pobreza extrema, por ejemplo– es posible una delimitación bien de los sujetos titulares, bien de la propia prestación, lo que supera gran parte de los obstáculos que aparecen cuando se discute su aplicación directa (sin la presencia de ley reguladora). Sin embargo, esa reducción de la titularidad en dirección contraria a ser una divagación intelectual,

⁵⁴² La definición de lo que sea mínimo existencial consiste en tarea fundamental en el trato con la igualdad sustancial y en la definición de políticas públicas y hay que orientárselo siempre por parámetros objetivos de la sociedad tomada como ejemplo, no necesitando ser lo ideal, pero lo básico posible. Pero éste tema por sí sólo demanda un estudio completo.

⁵⁴³ BARBERA, op. cit. p. 227

⁵⁴⁴ Ese punto será más abordado a continuación, cuando vayamos a tratar de la constitucionalidad de la extensión de la política pública prestacional a todos o de la necesidad de elección de prioridades.

posee sólidos fundamentos en las bases y objetivos de los derechos sociales, principalmente los prestacionales.

Por eso entendemos que la universalización de las políticas sociales puede ser una meta a ser alcanzada por un Estado que opte por un modelo más asistencialista de actuación, pero no puede servir como óbice la tutela de situaciones más urgentes, como la de los grupos en situación de riesgo social que no pueden esperar por opciones universales de atención. Así, haciéndonos eco de ROIG, nos parece posible reconocer que los derechos sociales prestacionales son universales en la medida en que “si cualquier sujeto se encuentra en una situación de necesidad (como trabajador asalariado, como beneficiario de la asistencia sanitaria, o, en general, como sujeto potencialmente enmarcado en cualquiera de los grupos o situaciones a los que se hizo referencia) será debidamente protegido por el Derecho”.⁵⁴⁵ Proporciona, así, un sentido de universalización de los derechos del hombre concreto.

4.1.2.5 Derechos sociales y necesidades básicas

El condicionamiento de los derechos sociales prestacionales a la atención a necesidades básicas del individuo o de determinada parte de la población, como antes colocado, constituye punto esencial para el estudio de la aplicabilidad directa de ese tipo de derechos. Solamente su condicionamiento a las necesidades básicas permite separar la tutela de esos derechos de un acuerdo social consustanciado en la ley.

Así ocurre porque, en relación con esos desequilibrios extremos y situaciones graves de riesgo social aún no tuteladas por el Estado, no parece ser el caso de esperar por un acuerdo social en el sentido de mitigar una exclusión social que ella propia creó. Es en esa dirección en la que se puede considerar a los derechos sociales prestacionales como normas directamente aplicables, pues en estos casos se desvinculan de la propia concepción política adoptada por el Estado para alcanzar la condición de verdaderos límites a esas opciones políticas.

⁵⁴⁵ ROIG, op. cit. p. 63

En ese campo de actuación es en el que la doctrina, por medio de expresiones como “núcleo duro” (Luís Roberto BARROSO), “coto vedado” (Ernesto GANZÓN VALDEZ) o núcleo intangible, demuestra la separación de los derechos con respecto a la ley, por lo que, en límites mínimos, serían directamente aplicables. Otros autores, siguiendo la línea de DWORKIN, prefieren argumentar que en esos casos las situaciones que tutelan necesidades básicas tendrían tamaño apoyo en principios morales, que sobrepujarían cualesquiera obstáculos jurídicos. Hay aún la solución apuntada por ALEXY – de gran influencia en el constitucionalismo actual -, que dice que el enfrentamiento entre las normas de derechos sociales prestacionales y las normas que dificultan su aplicación no puede tener una respuesta anterior a su conflicto en el caso concreto, sino que en el caso de involucrar prestaciones básicas tendría en favor de las primeras una serie de otros principios y reglas que iban a agrandar considerablemente su fuerza jurídica en el proceso de ponderación.⁵⁴⁶

No obstante los argumentos utilizados, se puede verificar una comunión en el sentido de que cuando se hallan conectados a la atención de necesidades básicas, los derechos sociales prestacionales tienen su fuerza jurídica aumentada, porque en estos casos contribuyen a su favor una serie de otras normas constitucionales importantes. Sería el caso, por ejemplo, de alguien que sufre de enfermedad que requiere un tratamiento continuado que, por su ausencia, le impida el goce de su derecho de libertad de expresión o hasta incluso a la educación. En esos casos, la conexión va a depender del caso concreto y del uso argumentativo que se presente al juzgador.

Lo importante es que en esos casos, los propios motivos del pedido traen en sí mismos la solución, es decir, determinan el objeto de la prestación que se quiere alcanzar, eliminando así uno de los mayores óbices al reconocimiento de los

⁵⁴⁶ Según PRIETO: “Alexy ha intentado resolver el problema con una argumentación sugestiva. La idea fundamental es que, desde la Constitución, debe renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles; las exigencias prestacionales entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, singularmente con la competencia legislativa y con los requerimientos de otras libertades o derechos, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre ocurrirán en mayor o menor medida. Concretamente, una posición de prestación estará definitivamente garantizada cuando el valor que está detrás de los derechos sociales, la libertad real o efectiva, exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y, a su vez, los principios o derechos en pugna (el principio democrático a favor del legislador, las libertades de terceros, etc.) se vean afectados de modo reducido. En opinión de Alexy, esta condición se cumple <en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar...>” (PRIETO, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 108).

derechos sociales prestacionales como derechos directamente aplicables.⁵⁴⁷ En base a esto entendemos, incluso, que solamente se hace posible la aplicación directa de derechos sociales prestacionales, cuando esté en juego la tutela de necesidades básicas. En los demás casos, donde no hay grave riesgo social-individual, habría necesidad de disposición política, pues se trata de opción política del Estado, ésta dependiente de la legitimidad de la mayoría. En el mismo sentido, el de la necesidad de relacionar los derechos sociales prestacionales a la satisfacción de necesidades básicas y con eso darles aplicabilidad directa, la opinión de Ruth MESTRE i MESTRE y José GARCÍA AÑÓN:

Los derechos sociales satisfacen necesidades básicas conectadas a los desequilibrios materiales instalados en las relaciones sociales: se trata de expectativas para cuya adecuada protección es preciso singularizar, diversificar y diferenciar los medios en función tanto de los fines sociales perseguidos como de la clase de sujetos protegida.⁵⁴⁸

[...]

Esta especial vinculación entre derechos humanos y necesidades básicas muestra que es una falacia sostener que los auténticos derechos son los derechos civiles y políticos y que a la vez estos derechos son universales. Esto es una de las paradojas del liberalismo. No hay derechos universales sin la satisfacción de necesidades básicas. Si se puede hablar de derechos civiles y no sociales es porque hablamos de un sujeto que ya tiene satisfechas sus necesidades. De ahí que se afirme no sólo que todos los derechos son interdependientes, sino que los derechos sociales, económicos y culturales son imprescindibles para la realización igual y universal de los derechos civiles o de libertad.⁵⁴⁹

Respecto a tal modelo, la cuestión que se le puede presentar al interlocutor es: ¿pero en ese caso, quién define lo que constituye necesidad básica? ¿Bajo qué parámetros se la puede definir, ya que no hay una previsión legislativa?

En ese caso, los criterios para la definición de necesidades básicas estarán bajo la responsabilidad de las autoridades competentes que juzguen las demandas que se presenten en ellas. En el caso de los órganos judiciales, el juez competente en la demanda, observando siempre la jerarquía y la fijación de parámetros venidos

⁵⁴⁷ En ese sentido la lección de VIEIRA DE ANDRADE, “[...] os direitos sociais fundamentais dispõem, como vimos, de um conteúdo nuclear, ao qual se há-de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata à idéia de dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais. Acontece mesmo, por vezes, que em função dos imperativos de actuação estadual que acompanham a sua específica consagração constitucional, vários direitos sociais acabam por apresentar um determinação intensa de conteúdo – hipóteses em que o seu regime substancial (embora não o regime orgânico) se aproxima inevitavelmente, por força do princípio da constitucionalidade, do regime de aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias.” (*Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 385-386).

⁵⁴⁸ GARCÍA AÑÓN, José. “El fundamento de los derechos sociales (I) derechos sociales y necesidades básicas”, *Lecciones*, cit., p. 64.

⁵⁴⁹ GARCÍA AÑÓN, J., cit., p. 94.

de los tribunales superiores (como hemos visto en el Capítulo I). La atribución de sentido a cualquier término indeterminado de la constitución –al contrario de lo que sostenido a veces– no constituye causa de inseguridad jurídica. Puede haber, esto sí, en un primer momento, problemas de identificación del derecho, que con el paso del tiempo van a ser corregidos por la fijación de parámetros creados en el análisis de los casos concretos. Es en ese sentido en el que la jurisprudencia asume siempre el papel más relevante como fuente de derecho, incluso para guiar una eventual acción legislativa que venga a suplir una omisión fijando, como aquí se trata, un concepto de “necesidad básica”.⁵⁵⁰

Sin embargo, cumple verificar que en la sociedad plural contemporánea, donde impera la diversidad, el análisis del caso concreto y su aplicación a parámetros definidos partiendo del reconocimiento de los tribunales permite una mayor maleabilidad para la adecuación de la providencia necesaria a la tutela de una necesidad básica específica, si se compara al propio acto legislativo, cuya abstracción y generalidad son características básicas.

4.1.2.6 Derechos sociales como derechos de integración

Según define Teresa VICENTE GIMÉNEZ, “los derechos sociales son derechos de integración, esto es, superadores de las distintas esferas de la exclusión social”.⁵⁵¹ Así, aunque generalmente los derechos sociales prestacionales tengan como objeto cuestiones de debilidad económica, puede haber situaciones en las que los casos de exclusión social estén relacionados no sólo con cuestiones económicas, sino culturales, de integración social, o incluso de la condición de inclusión en determinado grupo social.

Dentro de los modelos comparativos más utilizados en este estudio, por ejemplo, se revelan formas de exclusión social, así como distintos grupos sujetos a

⁵⁵⁰ Uno de los parámetros que han de fijar los tribunales podrá ser, por ejemplo, la separación entre necesidad y carencia, de manera que evidencie fuertemente la restricción de la titularidad de los derechos sociales prestacionales directamente aplicados. Así lo hace José GARCÍA AÑÓN, cuando apunta a que la necesidad sería un concepto anterior al de carencia. De la necesidad comungan casi todos los sujetos de manera idéntica. Puedo decir, por ejemplo, que “A necesita la medicina X”. Pero eso no significa que “A sea carente para obtener la medicina X”. El criterio, en ese caso, además de la necesidad, es la ausencia de recursos para satisfacerla. (GARCÍA AÑÓN, J, cit., p. 95).

⁵⁵¹ VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 22.

esta misma exclusión, dependiendo del sistema al que se vaya analizar. En el modelo europeo, por ejemplo, el concepto de exclusión generalmente está asociado a la idea de nacionalidad. En este caso, por estar el propio concepto de ciudadanía (hoy de ciudadano comunitario) asociado a la idea de nacionalidad, se entiende que los extranjeros, aunque estén considerados como mano-de-obra útil, están excluidos cuando el asunto son derechos sociales o derechos de ciudadanía. No están considerados, por tanto, como ciudadanos.

En el modelo brasileño, considerándose que el concepto de ciudadanía tiene relación directa con el concepto de residente en el país, no se presentan problemas de exclusión del extranjero. El modelo de discriminación es el económico, donde se constata la presencia de ciudadanos aislados de la convivencia social y de los derechos de ciudadanía por la más absoluta falta de condiciones económicas. De esa manera, no tienen acceso a la educación, a los derechos políticos, al trabajo (falta de calificación).⁵⁵²

Considerándose el hecho de que, según se ha examinado, la finalidad de los derechos sociales prestacionales es exactamente la de corregir esas desigualdades encontradas en el medio social, se entiende que son los excluidos –aquellos que no tienen condiciones de gozar plenamente sus derechos de ciudadanía o, al mínimo, de persona humana– que por su condición deben ser priorizados en la distribución de bienes por el Estado. Así, aunque excluidos del concepto legal de ciudadanía, algunas capas excluidas de la población deben ser incluidas en la condición de titulares de derechos sociales mínimos por la simple condición de seres humanos detenedores de dignidad, la que debe ser garantizada por el Estado en el que vivan. De esa manera, hacen su función de instrumentos de integración social, evitando la formación de los llamados núcleos de pobreza extrema, responsables por problemas sociales como criminalidad o mendicidad. Es en esa dirección también el pensamiento de VICENTE GIMÉNEZ:

Desde los anteriores presupuestos, garantizar como derechos aquellos bienes básicos para la autonomía y el bienestar básico de las personas

⁵⁵² Lo interesante en ese punto es que los motivos de exclusión son problemas también culturales. El proceso de inmigración en dirección al continente europeo constituye un problema relativamente nuevo, porque esta continente, a comienzos del siglo XX, se caracterizó por un enorme flujo emigratorio frente a la crisis económica y social que cruzaba. En Brasil, que tuvo su formación poblacional dependiente de inmigrantes, aunque sea grave el problema de la discriminación por desigualdad económica, no hay restricción a diferentes culturas o nacionalidad de la persona en su consideración como ciudadano, incluso siendo posible que goce de políticas públicas.

como exigencia de su propia dignidad, se traduce en el reconocimiento efectivo de los derechos sociales, y muestra el contenido mínimo que permite realmente la cohesión social. Ahora bien, la posibilidad de realización de los derechos sociales sólo puede encontrar fundamentación en una modalidad de Estado de Derecho con vocación universalizante, que procure identificarse con todos los miembros de la sociedad y atender sus necesidades, y en este sentido, el ejercicio de los derechos sociales no se adecua bien al modelo de Estado liberal de derecho. Como señala PRIETO SANCHÍS, los derechos económicos sociales y culturales no son concebibles como derechos universales, en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, «ya que se formulan para atender carencias y necesidades instaladas en la esfera desigual de las relaciones sociales», y en este sentido la tradición liberal pesa negativamente sobre las pretensiones de articulación de los derechos sociales, porque ven en la exigencia de intervencionismo estatal un detrimento de libertades formales.⁵⁵³

4.1.2.7 Estructura normativa diversa – de principio

Como hemos comprobado en el tercer capítulo de ésta investigación, las estructuras normativas utilizadas en la previsión de derechos previstos en las constituciones pueden adoptar estructuras considerablemente distintas de formulación, lo que hace posible a la doctrina y jurisprudencia separarlas en reglas y principios. Según lo visto, los derechos sociales, principalmente los prestacionales, tienen generalmente sus dispositivos previstos en forma de principios, tanto que en la Constitución Española son conocidos como *principios rectores de la política social y económica*.

Pero su configuración como principio viene muchas veces relacionada con una imposibilidad de aplicabilidad directa de esas normas, que más bien sirven como límites al legislador, promesas políticas del constituyente, que propiamente derechos directamente aplicables. En ese sentido apunta Javier DE LUCAS:

Los derechos sociales son normas jurídicas que pueden configurarse como reglas, principios o directrices que juegan, de hecho, un papel relevante en el sistema jurídico-constitucional, no ya sólo como normas objetivas, sino también en su dimensión subjetiva. El tipo de enunciado y la ubicación sistemática dentro de un texto constitucional son factores determinantes, aunque no definitivos, para garantizar adecuadamente un derecho. En realidad, una de las dificultades a la hora de caracterizar de manera homogénea a los derechos sociales es la heterogeneidad de sus técnicas de positivación (y eso en el caso de que se encuentran efectivamente positivados constitucionalmente). Cabe admitir, en todo caso, que la vía

⁵⁵³ VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 34.

elegida por el constituyente para plasmar los derechos en un texto positivo tiene un inevitable trasfondo político, que se refleja en el grado de eficacia normativa y en la protección jurisdiccional elegida a priori para cada derecho.⁵⁵⁴

No estamos totalmente de acuerdo con tal opinión. También los clásicos derechos de libertad pueden adoptar una previsión bien de regla bien de principio, no cuestionándose su aplicabilidad a causa de esto. Según ya se ha apuntado en el capítulo en que se analizaron los modelos estructurales de normas, el dispositivo que prevé la norma de igualdad formal permite que ésta sea entendida como regla o principio. Pero la práctica judicial demuestra que está considerada como principio, sin que se cuestione su aplicabilidad. Además, en razón del inmenso enmarañado de normas y valores que contribuyen a la interpretación del derecho actual, incluso la más sencilla de las normas puede intentar raciocinios complejos y una posición “política” por parte del juzgador. La cuestión se va a definir por la aceptación o no de esa posición por parte de los demás juzgadores, principalmente el de las cortes superiores.

Pero es un hecho que la aplicación de los derechos sociales demanda una mayor interferencia política por parte del juzgador. Ocurre que su previsión generalmente parte de principios y según entendemos, no puede ser simplificada como un deseo de dejar su aplicabilidad en la dependencia de una actuación del legislador. Esa indeterminabilidad es inherente al propio objeto de esos derechos: situaciones de desamparo social, que pueden asumir las más distintas formas, cambiando de acuerdo a la interminable posibilidad de situaciones concretas capaces de dejar a un individuo o a un grupo social en situación de necesidad. Igualmente, como su objeto es generalmente dependiente de la dinamicidad de relaciones sociales o científicas, se le hace imposible al constituyente (o hasta incluso al legislador) prever situaciones concretas. Para esto, basta con considerar, por ejemplo, el caso de la tutela de la salud y los progresos de la medicina. Hay que considerar aún la ausencia de condiciones del constituyente de prever contingencias económicas futuras, lo que afecta considerablemente no sólo las posibilidades del Estado de prestarlo, sino también el número de individuos que dependerán del amparo social. Todo eso revela los motivos, según entendemos, de la necesidad de previsión de dichos derechos adoptando una estructura normativa de principios. Son

⁵⁵⁴ DE LUCAS, Javier. “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, *Lecciones*, cit., p. 71.

variables seguramente políticas las que deben ser llevadas en consideración por el aplicador cuando desee aplicar directamente tales derechos.

Tal punto será analizado más detalladamente cuando vayamos a tratar la estructura normativa de los derechos sociales prestacionales y su aplicabilidad. Pero hasta el momento se puede decir que esos derechos generalmente adoptan la forma de principios por el simple hecho de que toman como base situaciones concretas a su aplicación o mismo para la definición de su objeto. Esa maleabilidad solamente se puede alcanzar partiéndose de una regulación por principios. Sin embargo, dejamos claro que según entendemos, la forma de positivación no es factor decisivo a la aplicabilidad directa o a la falta de esta en relación con los derechos sociales prestacionales.

4.1.3 Tipos de derechos sociales

Según se ha visto en los puntos anteriores, son evidentes las diferencias constatadas cuando comparamos los derechos sociales con los clásicos derechos de libertad. Si tomamos como ejemplo el objeto de los derechos, tenemos que los derechos de libertad buscan la protección del individuo en contra de la acción del Estado, mientras los derechos sociales objetivan la protección del individuo partiéndose de acciones del Estado. Mientras los derechos de libertad enfocan la preservación de una situación de libertad característica del hombre abstracto, los derechos sociales apuntan al cambio de una situación de desigualdad, buscando su disolución para el alcance de una igualdad material.⁵⁵⁵

⁵⁵⁵ Entendemos, ya superada la necesidad de una comparación entre los derechos sociales y los derechos de libertad más profundizada, porque esa nos parece muy evidente. Así, sólo para no entrar directamente en las diferencias entre los derechos sociales, nos valemos de la doctrina de SARLET, que así sintetiza las distinciones centrales entre derechos sociales y derechos de libertad: "Já se assentou, neste contexto, que, enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo) têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Assim sendo, é de acolher-se a preciosa lição de José E. Faria,

Pero, según entendemos, dentro de los propios derechos sociales ocurre una división interna a causa de qué derechos de los que se pueden clasificar como sociales presentan diferencias tan significativas hasta el punto de hacer relevante una subdivisión, lo que facilita y hace más claro su análisis. No es por otro motivo sino éste que nos proponemos aislar los derechos sociales prestacionales en ésta investigación, de manera que se posibilite un mejor estudio sobre la aplicabilidad de esos derechos. Esa diferencia es evidente, según demuestra L. LÓPEZ GUERRA, que relaciona los derechos sociales prestacionales a la aparición de la evolución al Estado de bienestar social, que tiene por objetivo alcanzar – aunque sea partiéndose de la prestación directa del bien necesario– lo mínimo necesario a la existencia digna del individuo. Según el autor, el Estado “se va configurando no sólo como un regulador del mismo contenido de las relaciones contractuales (aparte de la regulación de la forma de las mismas), sino también como proveedor o financiador de una serie de prestaciones a individuos concretos, prestaciones distintas de la provisión de bienes indivisibles (seguridad, orden público, estabilidad monetaria, etcétera), no sólo por su carácter de prestaciones individualizadas, sino por tratarse de prestaciones jurídicamente exigibles por el individuo sujeto del derecho/crédito. No hay ya, pues, una regulación del contenido de derechos clásicos (que suponen el “Estado regulador”), sino una auténtica creación de nuevos derechos subjetivos”; como ejemplos paradigmáticos cita los ámbitos de la “educación” y de la “Seguridad Social.”⁵⁵⁶

También en este sentido apunta BARRANCO AVILÉS, aunque entienda que a esos derechos les falta una clasificación adecuada que los identifique de acuerdo al modo de actuar de los derechos sociales. Según la autora, no solamente falta un concepto preciso de las distintas categorías teniéndose en cuenta los objetivos que se proponen, como para identificar las características de derechos pertenecientes a una categoría que está lejos de ser homogénea.⁵⁵⁷ Como observa Ingo SARLET, la

para quem “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme: são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.” (SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 276).

⁵⁵⁶ LÓPEZ GUERRA. L., “Las dimensiones del Estado Social de Derecho”, *Sistema*, Madrid, n. 38-39, 1980, p. 179.

⁵⁵⁷ Nas palavras da autora: Si bien puede decirse que tienden a realizar esta función de, en definitiva, procura asistencial, no es posible equiparar la figura de los derechos sociales a la de los derechos prestación o de crédito. Más bien hay que entender los “derechos sociales” como una expresión de uso corriente que como una categoría técnica para aludir a “aquellos que se desenvuelven y despliegan su eficacia en el ámbito de la Economía, de la Cultura o de las relaciones laborales. La forma en que se articulan estos derechos como medidas tendentes a satisfacer las necesidades

multiplicidad de opciones que se presentan en la efectivación de la actividad prestacional por parte del Estado es prácticamente ilimitada y constituye, por sí solo, un tema que incita a una reflexión más profundizada.

En esa línea, no son pocos los autores dedicados al estudio de los derechos sociales que se inclinan sobre esas diferencias evidentes existentes entre los derechos sociales y proponen clasificaciones. La más clásica de entre estas clasificaciones parece ser la formulada por Robert ALEXY –autor que jamás se hurtó en considerar los derechos prestacionales como verdaderos derechos, no obstante todos sus problemas de aplicación. Según ALEXY, los derechos prestacionales en sentido amplio⁵⁵⁸ se subdividen en tres tipos: (1) derechos a la protección; (2) derechos a la organización y procedimiento; y (3) derechos a prestaciones en sentido estricto.⁵⁵⁹

Por derechos a la protección tenemos los ejemplos antes mencionados, donde basta con la prestación normativa de carácter intervencionista en beneficio de algún fin constitucional protegido. En esos casos, es suficiente la intervención estatal regulando determinada materia en la que se diagnosticó algún desequilibrio, tal como ocurre con los derechos laborales. A esos derechos, en algunos casos, la propia estructura normativa de derecho fundamental ya trae lista la protección, como ocurre en los derechos de libertad, posibilitando su aplicabilidad directa. Los derechos a la organización y procedimiento se refieren al alcance de medios de acceso a la tutela de los derechos fundamentales previstos. Aquí se podrían incluir no sólo normas que constituyen y organizan instituciones relevantes a la defensa de los derechos fundamentales, sino también derechos que funcionan como instrumentos a la tutela de otros derechos, como el derecho a la asistencia jurídica.

incompatibles con la igualdad y libertad reales varía. Así, unas veces aparecen como normas de organización cuyos destinatarios son los poderes públicos; otras como derechos de libertad de contenido igualitario, ya sean de autonomía, crédito o prestación. No sólo falta un concepto preciso, a la vista de los rasgos que normalmente se utilizan para identificarlos, también la categoría está lejos de ser homogénea. Sin embargo, y frente a quienes se amparan en la ambigüedad para rechazar o defundamentalizar la figura, también pueden ser entendidos como instrumentos al servicio de los mismos valores que inspiran derechos ‘tradicionales’ (cuestión distinta será el acuerdo sobre el contenido de estos valores), y su inclusión o exclusión del ‘regateo político’ nos es sino una opción de jerarquía de valores que es preciso aclarar.” (BARRANCO AVILÉS. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, p. 106-107).

⁵⁵⁸ En este punto, hemos utilizado el término prestacionales para que sea entendido como prestación por parte del Estado, y la expresión “prestacionales en sentido amplio como sinónimo de derechos sociales. Así lo hacemos para que posible destacar el sentido de la expresión “derechos sociales prestacionales en sentido estricto”, la cual constituye el objeto principal de esta investigación. Si la confusión terminológica es inevitable, intentamos lo posible para evitarla, traz la insistencia en determinados términos y conceptos, advirtiendo que este conflicto se reproduce en casi la totalidad de las opiniones de la doctrina sobre el tema.

⁵⁵⁹ Cf. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 430.

Por último y más importante a nuestro tema de investigación, tenemos los derechos a prestaciones en sentido estricto. Dichos derechos, según la definición de ALEXY, consisten en la posibilidad del individuo de exigir del Estado algo que –si el individuo tuviera medios financieros suficientes, si encontrase en el mercado una oferta suficiente–, podría obtenerlo también de particulares.⁵⁶⁰

La definición antes presentada es de la mayor importancia en la medida en que explicita más claramente las funciones del Estado en relación con estos derechos, algo que no recibe el relieve merecido y que influye definitivamente en la titularidad de esos derechos, así como en la definición de su prestación, algo imprescindible a su aplicabilidad directa. Es función del Estado viabilizar el acceso a estos bienes cuando: (a) la persona no tenga condiciones financieras para acceder a esos bienes y (b) cuando esos bienes no estén disponibles en el mercado, refiriéndose a la actividad de fomento, que tiene por objeto una prestación de hacer o de dar, con evidente coste económico.⁵⁶¹

Otra clasificación que subdivide los derechos sociales y que hace posible una mejor visualización de esos derechos, así como la propia dificultad en la delimitación del contenido de esas normas sociales, nos trae Luís Roberto BARROSO, para quien las normas definidoras de derechos sociales pueden ser normas:

1) que generan situaciones prontamente disfrutables, dependientes sólo de una abstención: aunque no muy comunes en el caso de los derechos sociales, existen algunos derechos previstos que exigen solamente una obligación de no hacer. Como ejemplo, tenemos el derecho de huelga, que exige solamente un deber de soportar, como el previsto en el art. 9º de la Constitución brasileña.⁵⁶²

⁵⁶⁰ Del original: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares”. Cf. ALEXY. cit., p. 482.

⁵⁶¹ Mírese que, por esencia, esos derechos no demandan gratuidad (ni siquiera en el primer caso, donde pueden implicar subvención o financiación). La gratuidad, resalvada la excepción constitucional de la educación básica, es resultado de política asistencialista y demagógica, tan característica de nuestras políticas públicas de concretización de derechos sociales donde, principalmente en el área de la educación superior, posibilita que la élite consuma todas las posibilidades de acceso de las clases económicamente inferiores.

⁵⁶² La similitud de la estructura de esos derechos, de matiz evidentemente social, con los derechos, libertades y garantías (o de defensa) es tamaño, que hay autores que discuten, con razón, el dogma de ser el Estado el único sujeto pasivo de los derechos sociales. Entre ellos Cristina QUEIROZ, para quien “el ‘destinatario’ de algunos de esos derechos no es solamente el Estado, pero aún la *generalidad de los ciudadanos*: consumidores, familia, paternidad, maternidad, etc.” (cf. *Direitos fundamentais*, cit., p. 149). A la lista agregaríamos principalmente los empleadores que, por fin, son los responsables de las prestaciones fáticas que demandan la mayoría de las prestaciones normativas del Estado en el ámbito económico. Pero como ya aclarado, lo que las distingue de los derechos, libertades y garantías es el hecho de que estas normas están relacionadas a fines esenciales del Estado, mientras las normas de derechos, libertades y garantías tienen relación con la autonomía individual.

2) que intentan la exigibilidad de prestaciones positivas del Estado, como el derecho de acceso a la salud, el derecho a la seguridad social, a la educación, etc. Esos derechos conllevan problemas sobre la delimitación de la omisión inconstitucional, lo que también dificulta en su aplicación. Son derechos que no encuentran límites en cuanto al límite de satisfacción, que en el caso de aplicación directa, deben ser fijados por el intérprete⁵⁶³. Por eso, en muchos ordenamientos solamente se admite su aplicación cuando están reglamentados por la ley. Sin embargo, sufren restricciones también en lo que se refiere a la reserva del posible, siendo que su aplicación inexorablemente ingresa en las llamadas “fronteras políticas”, porque implica siempre en la opción de priorizar determinada área social en relación con otras.

3) que contemplan intereses cuya realización depende de la edición de norma constitucional integradora: no raro el legislador constituyente le transfiere al legislador ordinario la tarea de definir los límites en los que se pueden ejercer determinados derechos constitucionalmente previstos.

Interesante en la clasificación de BARROSO es el énfasis conferido a la omisión legislativa. Aunque los casos de su configuración muchas veces estén dependientes de los parámetros usados por el intérprete, se le permite al autor fluminense apuntarla como característica propia de aplicación de los derechos sociales – ya que ésta no ocurre en los derechos de defensa– constituyendo, en las palabras del autor, “a ausência de regra integradora que paralisa a operatividade do comando normativo”. En la ausencia del dispositivo regulador en plazo no razonable, se configura la inconstitucionalidad por omisión.⁵⁶⁴ En ese caso, el problema será la definición de lo que es exigible antes de caracterizarse la omisión.

Pues ante las clasificaciones analizadas, se puede verificar no sólo una diferencia significativa entre la estructura de las normas de los derechos, libertades y garantías en relación con los derechos sociales, asunto que retomaremos más adelante. Lo que importa aquí destacar es que incluso la subdivisión derechos sociales sufre una segmentación, al paso que sus normas se pliegan en diferentes

⁵⁶³ Tómese como ejemplo el caso de las normas que tutelan el derecho de acceso a la salud. Hay, por ejemplo, incuestionable omisión inconstitucional en situación donde hay total ausencia de un puesto de salud u hospital en dicha comunidad o la distancia razonable de esa, dejando la población absolutamente desamparada. Pero es verdaderamente cuestionable la existencia de omisión inconstitucional la falta de un hospital en la realización de cirugía de alta sofisticación.

⁵⁶⁴ Ex: art. 7º, XI e XXVII.

tipos, según el comando normativo que exige la tutela de determinado derecho social.

También Ingo SARLET destaca el carácter prestacional de los derechos sociales como su gran definidor, en sentido de garantizar presupuestos normativos o materiales que posibiliten la fruición de las libertades. A causa de la naturaleza de esa prestación que los podrá clasificar en derechos sociales en sentido amplio que abarcan ambas categorías, pero que generalmente se usa para designar el derecho a prestaciones normativas de realización más sencilla. Así, debido a su mayor complejidad, el término *derechos a prestaciones en sentido estricto* está utilizado para designar los derechos a prestaciones materiales, porque éstas son mucho más específicas y diversificadas. Según apunta SARLET, la multiplicidad de opciones que se registra en ese ámbito es, en tesis, ilimitada.⁵⁶⁵

Así que es posible percibir sensibles diferencias también en el ámbito interno de la clasificación derechos sociales. Como antes se ha dicho, esos derechos actúan de forma subsidiaria en el ordenamiento, objetivando a la protección social del individuo y con objetivo de corregir desigualdades fáticas generadas por el arreglo social o por condiciones externas al ámbito volitivo del individuo. De este modo, pueden asumir una función institucional en sentido de la necesidad de formación de una estructura estatal de fiscalización y control de no violación de derechos de libertad o en prestaciones normativas en sentido de tutelar distorsiones fáticas que desequilibran la libre manifestación de la voluntad en las relaciones sociales. Pero en casos donde estas dos formas de tutela son insuficientes o están fuera del alcance estatal, también los derechos prestacionales pueden constituir derechos a prestaciones fáticas, en el sentido de alcanzar bienes o servicios que están fuera de alcance del individuo por falta de condiciones económicas. Son exactamente esos derechos, cuya aplicación constituye una de las tareas más complejas atribuidas al derecho actual, que queremos tratar bajo la denominación *derechos sociales prestacionales*.

⁵⁶⁵ SARLET, I. *A eficácia dos direitos sociais.*, cit., p. 279.

4.2 LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES

4.2.1 Argumentos en contra de la aplicabilidad directa de los derechos sociales

Según lo tratado, los derechos sociales acompañan una línea muy bien definida de alteración social, bien en la concepción de Estado, bien en la de sociedad, constituyendo derechos que persiguen suplir deficiencias constatadas en los propios derechos de libertad. Una vez comprobados los pilares sobre los que se lastran los derechos sociales prestacionales, cumple ahora analizar aquel que es el gran problema en relación con esos derechos: su aplicabilidad. Respecto a dichos derechos, se puede afirmar que antes de un problema de fundamentación, se enfrentan un serio problema de aplicabilidad.

Esas restricciones a la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales se fundamentan en los factores más distintos, como económico, jurídico, argumentativo, político, constitucional, etc.; lo que proporciona una resistencia doctrinaria y jurisprudencial en su consideración como verdaderos derechos. Según resume Luis PRIETO: “A mi juicio, las dificultades que se oponen a una consideración más vigorosa de los derechos prestacionales como auténticos derechos por parte de la jurisprudencia constitucional son las cuatro siguientes: inviolabilidad del recurso de amparo, libertad de configuración a favor del legislador, necesidad de dictar normas organizativas y de comprometer medios financieros y, finalmente, posible colisión con otros principios o derechos constitucionales.”⁵⁶⁶

Según entendemos, en este largo camino entre la previsión constitucional de un derecho social prestacional hasta su efectivo reconocimiento como norma apta al amparo de pretensiones jurídicas concretas, surgen problemas de las más diversas órdenes, que podemos sintetizar en tres puntos principales. El primero consiste en la posibilidad de identificarse un derecho subjetivo público individual partiéndose de determinado enunciado normativo. El segundo se refiere a un acuerdo sobre la determinabilidad del objeto sin la mediación del legislador, es decir, definir en el caso concreto lo cuánto, cómo, dónde, por quien y, por fin, delimitar la forma como se

⁵⁶⁶ PRIETO. *Ley, principios, derechos*. cit., p. 110.

debe prestar la obligación de dar o hacer, no especificada en la norma constitucional. Por último, la tercera barrera a superar es de carácter financiero. Consiste en la difícil tarea de, sin inviabilizar la autonomía de los poderes, contornear la limitación de recursos que restringe la intervención estatal en lo social. Es evidente la imposibilidad de solución de todos los problemas de orden social de un país partiéndose de decisiones judiciales, como si la sentencia fuese una varita mágica capaz de transformar por completo la realidad social. Así esos derechos económicos y culturales tienen también como óbice motivos de naturaleza financiera, cuya consideración jurídica y política es imprescindible a su análisis.

A causa de priorizar algunas de estas barreras de aplicación de los derechos sociales prestacionales sobre la necesidad de su aplicación, o incluso por la relativización de su potencial de aplicación motivado por las dificultades de su concretización; es posible comprobar una oscilación entre los diversos ordenamientos jurídicos en el momento de considerar los derechos sociales prestacionales como enunciados aptos a la producción de derechos subjetivos individuales. Como apunta VIEIRA DE ANDRADE, de acuerdo con el ordenamiento jurídico considerado, los derechos sociales a prestaciones “são encarados como princípios políticos, como normas programáticas, como preceitos indicadores de fins do Estado, como princípios jurídicos, como normas organizatórias, como garantias institucionais ou, mais raramente, como direitos subjetivos públicos.”⁵⁶⁷

4.2.1.1 Derechos sociales prestacionales como normas incompletas

Como hemos comprobado cuando abordamos los principios jurídicos y la polémica alrededor de su aplicabilidad, es posible constatar que la dificultad de aplicación se repite en relación con los derechos sociales prestacionales, exactamente por el hecho de que generalmente están previstos partiéndose de estructuras normativas propias de principios jurídicos. Eso ocurre a causa de que la propia naturaleza de los derechos sociales prestacionales, que son derechos que dependen de situaciones concretas, que demandan la consideración de

⁵⁶⁷ VIEIRA DE ANDRADE. cit., p. 387.

peculiaridades muchas veces inalcanzables a un modelo normativo propio de reglas y que exigen un supuesto fáctico y consecuencias jurídicas predefinidas.

Por ejemplo, si consideramos normas de tutela del derecho de acceso a la salud, es fácil constatar la dificultad de previsión por la norma jurídica de tutela a todas patologías posibles a una tutela sanitaria completa. Más grave aún se revela el problema de la previsión de todos los tratamientos que pueden ser cubiertos por la norma, ya que cada uno de ellos demanda discusiones técnicas sobre conveniencia, costes, adecuación, eficacia, etc. Así pues, una previsión que parte de enunciados normativos que contemplen una situación fáctica definida, aliado a una consecuencia jurídica específica, corre el riesgo de generar la necesidad de un número interminable de normas o, por otro lado, dejar de considerar un sinfín de situaciones destituidas de una tutela normativa.

Si por un lado es verdad que también los derechos de libertad pueden estar previstos por medio de conceptos abiertos, vagos o fuertemente indeterminados, que deberán construirse y completarse por el intérprete, también lo es que ese proceso de atribución de sentido a esas normas es relativamente más fácil que al caso de los derechos sociales prestacionales, exactamente porque los primeros demandan una mera abstención, mientras los últimos exigen una prestación positiva y por eso, de alta indeterminación.⁵⁶⁸ En caso de los derechos de libertad, la determinación del contenido de los conceptos abiertos o vagos en esos derechos consiste apenas en la atribución de significación a los signos constantes del enunciado normativo, siendo la consecuencia jurídica, el deber de abstención, fácilmente encontrado. Así pues, nada más se está haciendo que desvelando la norma. En el caso de los derechos de libertad, cuando se resuelve el problema de atribución de sentido al enunciado normativo, la providencia jurídica que demanda ya está predeterminada y por consecuencia, el derecho subjetivo está conformado.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ Según VIEIRA DE ANDRADE: “Não há aqui necessidade de remeter para a capacidade técnica ou para a perspectiva do legislador: quer a definição do alcance jurídico dos preceitos, quer ainda a medida da composição de interesses e valores constitucionais eventualmente em conflito reclamam uma interpretação das concepções culturais comuns e uma ponderação de interesses nos casos concretos – e o juiz é a figura que, no plano orgânico como no plano funcional, melhor se adapta à finalidade e ao modo de operar característicos deste tipo de concretização da Constituição.” (Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., p. 209).

⁵⁶⁹ Con respecto a esas mayores dificultades de implementación de los derechos sociales prestacionales es también fundamental la contribución de FERRAJOLI: “Sul piano pratico essa è stato l’effetto, oltre che delle resistenze degli apparati e delle loro vocazioni assolutistiche, di difficoltà oggettive sicuramente superiori a quelle incontrate dallo stato liberale. In primo luogo, infatti, mentre le garanzie liberali richiedono allo stato prestazioni negative consistenti in un non-fare e quindi di per sé non costano nulla, le garanzie sociali richiedono allo stato prestazioni positive, ed hanno quindi un

Ya en los casos de los *derechos sociales prestacionales* –y aquí la gran diferencia en relación con los *derechos de libertad*– no es suficiente con definir un sentido en términos indeterminados o abiertos expresados en el enunciado normativo.⁵⁷⁰ Aquí se hace necesario en un segundo momento, la construcción del objeto de la prestación, porque siendo ésta de dar o de hacer, hay que definir para la identificación de un derecho subjetivo: qué dar o hacer, cuánto dar o hacer, cómo dar o hacer, cuándo dar o hacer, etc. Es tamaño el número de posibilidades propio de ese tipo de obligación,⁵⁷¹ que determina la previsión de esos derechos a través de enunciados propios de principios y, por tanto, mucho más abarcativos. A causa de ese obstáculo, se verifica la gran dificultad por parte de la doctrina y jurisprudencia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos para reconocer una aplicabilidad directa a esos derechos, no obstante reconozcan su importancia.

Por tanto, a pesar de la restricción a la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales, no se puede dejar de reconocer la importancia de la previsión de esas normas – partiéndose de principios jurídicos. Como se ha destacado en el tercer capítulo de esta investigación, ese tipo de estructura normativa aporta una mayor

costo economico, sia pure non maggiore per la collettività di quello sostenuto dallo statu sociale burocratico o paternalistico. In secondo luogo, mentre i «diritti di» riflettono lo schema della *facultas agendi*, i «diritti a» riflettono lo schema della *pretesa*; sicché gli uni sono situazioni per così dire il loro esercizio indisturbato da parte dei loro titolari, mentre gli altri sono situazione *passive*, la cui soddisfazione richiede un'attività di altri soggetti. In terzo luogo, laddove la violazione dei pubblici divieti posti a garanzie dei «diritti di» dà luogo ad *antinomie*, cioè a norme vigenti ma invalide, la violazione di pubblici obblighi posti a garanzia dei «diritti a» dà luogo a *lacune*, con l'annullamento o la riforma della norma invalida, una lacuna può essere colmata con un'attività normativa non sempre facilmente coercibile o surrogabile.” (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teorie del garantismo penale*. Roma: Laterza, 8a ed., 2004, p. 904).

⁵⁷⁰ En ese punto nuestra absoluta discordancia a la crítica hecha a la teoría de aplicabilidad de las normas constitucionales mostrada por RUY BARBOSA, que está muy bien relatada en la obra de SARLET, que adoptó las ideas de CRISAFULLI en los siguientes términos: “Com apoio nas lições de Crisafulli, sustentou-se, entre nós, que cada norma é, em certa medida, incompleta, já que, quando de sua aplicação aos casos concretos, reclama – em virtude de seu grau de abstração e generalidade – uma atividade exegética, o que ocorre mesmo com as normas diretamente aplicáveis, que igualmente podem conter conceitos vagos e imprecisos, de tal sorte que é possível falar em normas mais ou menos completas, isto é, em graus de competência normativa.” (Cf. *A eficácia dos...* p. 236). En este caso, tenemos por impertinente la crítica a la medida que entendemos que hay una gran diferencia entre firmar conceptos cuando hay una posibilidad de interpretación distinta y por otro lado, construir el objeto de un derecho. Según dicho, es nuestra tradición y necesario al derecho la interpretación de determinado concepto jurídico. Pero la ausencia de una delimitación del objeto hace necesaria una complementación normativa, que deberá venir a través de la ley. Ése último es el caso de los derechos no directamente aplicables, mientras el primero es la situación de los directamente aplicables.

⁵⁷¹ Veamos que las obligaciones de hacer cuando provenientes del derecho civil no nos causan tantos problemas en relación con su definición. Así ocurre porque en virtud del art. 5º, II, de la Constitución Federal, según la cual “nadie está obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley”, el objeto de esas prestaciones generalmente ya viene bien delimitado en la ley que trae la obligación de hacer o, principalmente, en la relación obligacional que une las partes, constituida por medio del contrato. En el caso de la aplicación de derechos fundamentales prestacionales, el contrato que une las partes es el contrato social. Dicho contrato, obviamente, no descende a pormenores como el de definir un objeto específico de prestación como lo hacen las leyes que estipulan obligaciones de hacer. Las normas que prevén constitucionalmente derechos prestacionales tampoco lo hacen. Por eso se hace necesaria la edición de ley no solo para definir el objeto, sino para asegurar igualdad de tratamiento a todos los sujetos activos de los derechos prestacionales por parte de su único sujeto pasivo, el Estado.

atención al bien jurídico protegido, permitiéndole al intérprete perquirir sobre la razonabilidad de los medios necesarios a alcanzarlo, así como la viabilidad jurídica de una solución que debe pasar por una prueba de proporcionalidad. Por otro lado, permite englobar y legitimar un número mucho mayor de situaciones, ya que la previsión a través de principios posee un alcance normativo mucho más amplio. El precio que se paga por la utilización de esa forma de positivación es la incertidumbre en la aplicabilidad de los principios, lo que solamente se podrá determinar partiéndose de su interpretación y de la consolidación de la práctica jurídica. Es a causa de las distintas comprensiones respecto al grado de aplicabilidad de los principios que se observa alguna variación de posiciones sobre la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales, que cambia de acuerdo al ordenamiento jurídico que consideramos. Como resume Carmen BARRANCO AVILÉS:

Existen, por último, autores para quienes los *principios rectores de la política social y económica* no son auténticos derechos fundamentales. Básicamente los argumentos en los que se apoyan pueden resumirse en tres grupos. Por un lado están los que entienden que en esta parte de la Constitución lo que se incorporan son principios de actuación de los poderes públicos y no auténticos derechos que atribuyan posiciones jurídicas a los sujetos. Por otra parte, se encuentran quienes se basan en la indeterminación de las normas que contienen los principios rectores para afirmar la imposibilidad de determinar cuál sería la posición de derecho que de ella se derivaría, e incluso cuál sería el objetivo o el comportamiento prescrito. Por último, y éste es el argumento más frecuente, encontramos los autores que niegan el carácter de derechos fundamentales a los *principios rectores* porque no son justiciables.⁵⁷²

Vale, por tanto, a la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales, lo mismo que ya se ha dicho sobre la aplicabilidad de los principios. Cuando no haya la previsión de una consecuencia jurídica determinada, es decir, una solución abstractamente prevista al caso concreto, el nivel de aplicabilidad de esos derechos será dependiente en gran medida de la práctica jurídica, o sea, de la postura adoptada por los intérpretes en relación con éstas normas. Se puede cuestionar la corrección o no de un grado de aplicabilidad mayor o menor, pero es cierto que en esos casos será la práctica jurídica la que definirá más claramente la lógica sistémica que se deberá seguir.

Así que, de entre aquellos que están en contra de la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales —o en este camino, de los principios jurídicos—

⁵⁷² BARRANCO AVILÉS. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. cit., p. 311.

para amparar pretensiones individuales, se sostiene la insuficiencia de una previsión principiología, haciéndose necesario que éste principio sea seguido por una regla que lo especifique, es decir, que le prevea una consecuencia jurídica determinada. Ese entendimiento conduce al argumento siguiente, el de que los principios que prevén normas de derechos sociales prestacionales necesitan la especificación del legislador – partiéndose de reglas– a que puedan gozar de aplicabilidad plena. Como sintetiza Luis PRIETO, ante un enunciado abierto, además de la dificultad natural de definición de la obligación, se suma el problema de la definición de quién sería el sujeto competente para concretizarla:

Que tal enunciado constitucional y, por tanto, que el contenido obligacional de los derechos prestacionales resulte abierto o impreciso no constituye ninguna novedad para la teoría de la interpretación, que con frecuencia ha de trabajar con conceptos no menos vagos o ambiguos. El problema reside en determinar quién es el sujeto competente para configurar de modo concreto lo que en la Constitución aparece con perfiles tan difuminados, si dicha tarea corresponde sólo al legislador y a la Administración o si, por el contrario, la jurisdicción y especialmente la jurisdicción constitucional goza también de alguna competencia en esta materia. Aquí es donde aparece la principal dificultad para una consideración de los derechos prestacionales como auténticos derechos fundamentales susceptibles de tutela judicial: las prestaciones, en efecto, requieren un amplio entramado organizativo, el diseño de servicios públicos, el desarrollo de procedimientos y, sobre todo, el empleo de grandes medios financieros que implican la adopción de decisiones típicamente políticas, de <legislación positiva> que, en el marco del Estado de Derecho y de separación de poderes, parecen excluidas del ámbito jurisdiccional. Sin embargo, de aceptarse íntegramente la idea, la conclusión resultaría cuando menos desalentadora, ya que entonces los derechos prestacionales carecerían de toda dimensión subjetiva, es decir, no serían propiamente derechos justiciables, ni siquiera derechos fragmentarios, sino sólo normas constitucionales objetivas con todas sus virtualidades, salvo acaso la más importante, la de ser capaces de cimentar posiciones iusfundamentales.⁵⁷³

Pero procede registrar que, incluso en ordenamientos cuya práctica jurídica asume claramente esa posición - algo reticente - sobre los principios jurídicos, se pueden crear instrumentos de distinción entre los propios derechos sociales prestacionales. Esos criterios de distinción pueden, como dicho, creárselos por la práctica judicial o, como ocurre en algunos ordenamientos, por criterios reconocidos en la propia constitución. Como ejemplo de ese último, podemos citar el caso del ordenamiento español, donde el derecho de acceso a la educación básica –aunque sea un derecho social prestacional – está reconocido como derecho fundamental y

⁵⁷³ PRIETO, *Ley, principios, derechos.*, cit., p. 107.

por eso, alcanzado por la norma prevista en el art. 53.3 de la Constitución española, que determina la consideración de ese derecho como derecho subjetivo individual, aunque su contenido tenga clara estructura de principio, como otros derechos sociales prestacionales que no tienen la misma aplicabilidad.⁵⁷⁴

4.2.1.2 Derechos sociales prestacionales como objetivos políticos, dependientes de la acción del legislador

La consideración de los derechos sociales prestacionales como objetivos políticos tiene origen en una larga tradición en el manejo con esos derechos, en contra de lo que, en alguna medida, emerge en el movimiento neoconstitucionalista, cuyo punto central es la reafirmación del carácter normativo de la constitución. Según esa concepción más tradicional, los derechos sociales prestacionales, a falta de una definición clara de las consecuencias jurídicas que imponen, demandan elecciones políticas y, por eso, una especificación por parte del legislador para que puedan considerarlos derechos subjetivos individuales. Bajo esta perspectiva, se pueden considerar normas direccionadas al legislador, los que deben trabajar en sentido de que concreten dichos derechos a través de su especificación.

Si hacemos una comparación con los llamados derechos de libertad, tenemos que éstos, por el hecho de que tutelan la protección del individuo en contra de la ingerencia y opresión del Estado o de otros individuos, demandan, como regla, prestaciones de no-hacer. Así, sólo exigen determinada abstención por parte del sujeto pasivo, generando un derecho de exigir una abstención por parte de los demás individuos o del Estado. De esa manera, no demandan, al menos inmediatamente, actividades materiales, bastando una mera orden de ejecución o

⁵⁷⁴ Sobre esas excepciones escribe DIEZ PICAZO:“(…)hay que subrayar que la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales es inmediata. De ahí que, a diferencia de los principios rectores de la política social y económica, los derechos fundamentales puedan desplegar sus efectos sin necesidad de una intermediación legislativa. Esta observación no debe ser malentendida: ciertamente, la plena efectividad de los derechos fundamentales necesita a menudo algún tipo de desarrollo legislativo; pero la simple omisión de este último no neutraliza por completo la operatividad de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la importante STC 15/1982 señaló que la ausencia de una regulación legal de la objeción de conciencia al servicio militar, que más tarde fue colmada, impedía al recurrente el pleno ejercicio de su derecho, pues no cabía acudir a la «prestación social substitutoria»; pero el derecho reconocido por el art. 30.2 CE seguía siendo directamente invocable en la medida en que surtía, al menos, un efecto mínimo, consistente en enervar la obligación de incorporación a filas del recurrente.” (LUIS MARIA DÍEZ-PICAZO, *Sistemas de derechos fundamentales*, Thompson Civitas, Madrid, 2003., p. 61).

prohibición, que es suficiente al alcance de su objetivo. Según BARROSO, incluso la física consagra una mayor fuerza a esos derechos, ya que su efectivación depende de actividades materiales, por lo que “tiene a su favor la propia *ley de la inercia*”.⁵⁷⁵

Cierto es que esa concepción programática de los derechos sociales prestacionales evita seguramente una serie de problemas que advienen de su aplicación directa.⁵⁷⁶ En primer lugar, evita un conflicto entre los poderes. Siendo dependientes de una acción legislativa, esos derechos que demandan costes económicos importantes solamente vincularían su ejecución por parte del Poder Ejecutivo cuando ocurriese su determinación a través de la ley, incluso previéndoles las fuentes de costeo. Partiéndose de la previsión legislativa serían aptos a producir derechos individuales, por lo que no habría ingerencia judicial sobre el ámbito político. Una concepción distinta, así como propuesta por el neoconstitucionalismo, posibilitaría al Poder Judicial hacer determinaciones al Poder Ejecutivo, sin que hubiera una autorización legal específica a que éste pudiera actuar. Igualmente, impide que la decisión judicial sustituya la acción legislativa de definición de las prioridades de actuación estatal. Así, además de problemas políticos de separación de poderes, la consideración de los derechos sociales como objetivos políticos dirigidos al legislador evita problemas de legitimidad de la acción judicial en la definición de prioridades políticas, que siempre han estado a cargo de las autoridades democráticamente legitimadas.

⁵⁷⁵ Cf. BARROSO. *O direito constitucional...* cit., p. 107.

⁵⁷⁶ Hay en la doctrina posicionamientos en sentido de diferenciar las normas de derechos sociales prestacionales, clasificándolas como *normas de eficacia limitada*, de las normas llamadas programáticas. Las primeras no se limitan la eficacia negativa, propia de toda la norma constitucional, a causa de su jerarquía formal, pero poseen una dimensión positiva, directiva de las acciones del legislador, de prioridad constitucional. Dicha eficacia, si la consideramos debidamente, se la puede utilizar como importante instrumento en la tutela preventiva de la definición de subvenciones presupuestadas y en el control de las políticas elegidas por los administradores, tema que por sí sólo pide un estudio propio. Sobre ese punto es interesante la clasificación de las normas constitucionales elaborada por L.R. BARROSO. Considerándose que en la clasificación de José Afonso DA SILVA no hay una diferenciación sustancial entre normas definidoras de derechos sociales que demanden actividad positiva del Estado y normas definidoras de principios programáticos, BARROSO divide las normas constitucionales en: a) normas de organización; b) normas definidoras de derechos y c) normas programáticas. Así, aísla las normas definidoras de derechos, que son las que más interesan a fines de estudio de su aplicabilidad para subdividir el grupo en normas: 1) que generan situaciones prontamente disfrutables, dependientes apenas de una abstención (estructura del *derecho, libertades y garantías*); b) que piden prestaciones positivas del Estado (que tendrán su aplicabilidad dependiente de la posibilidad de extracción de un derecho subjetivo en el caso) y c) que contemplan intereses cuya ejecución depende de la edición de norma infraconstitucional integradora (citamos como ejemplos de esas las varias normas del artículo 5º, que no obstante teóricamente sean *derechos, libertades y garantías*, es imposible garantizarles aplicabilidad directa. Para una consulta más profundizada, recomendamos Luís Roberto BARROSO. *O direito constitucional* ...p. 93 e ss, passim.

Además, la dependencia del reconocimiento de los derechos sociales prestacionales a la acción legislativa evita que se destinen indebidamente para la satisfacción de demandas individuales los recursos que deben ser disfrutados por la colectividad. Mientras la sentencia solamente alcanza a las partes, la acción legislativa, por su carácter abstracto, determina una generalización del derecho a todos aquellos que atiendan a las exigencias de la norma, por lo que sería – bajo esa perspectiva – un modo mucho más correcto de aplicación de los recursos públicos, que están inexorablemente relacionados al reconocimiento de derechos a prestaciones por el Estado.

A causa de eso –sin dejar de demostrar su comprometimiento con la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales– gran parte de la doctrina se vuelve a la necesidad de la acción legislativa a que se complementen los enunciados que prevén derechos sociales, permitiendo que éstos se hagan derechos subjetivos individuales. Como apunta VIEIRA DE ANDRADE:

Para que se tornem direitos subjetivos certos, é necessária uma atuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto, fazendo opções políticas num quadro de prioridades a que obriga a escassez dos recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, a abertura características do próprio princípio democrático.” [...] A intervenção legislativa é necessária. [...] Os preceitos constitucionais respectivos não são, por isso, directamente aplicáveis sem intervenção legislativa, muito menos constituem preceitos exequíveis por si mesmos.⁵⁷⁷

Según el entendimiento sobre la necesidad de un desarrollo legislativo a que los derechos sociales prestacionales constituyan verdaderos derechos, es decir, normas aptas a la producción de derechos subjetivos individuales, algunos autores, como Luigi FERRAJOLI, atribuyen a dichas normas constitucionales la condición de *impositivas de legislación*. Así que, si la regla del constitucionalismo liberal es la que *ni respecto a todo se puede decidir, incluso por mayoría*, para el constitucionalismo social la regla será: *ni respecto a todo se puede no decidir*. Separados esos dos casos, vale la regla de la democracia política, que dice que las decisiones políticas deben ser tomadas por mayoría directa o indirecta de los ciudadanos.⁵⁷⁸ En esa

⁵⁷⁷ VIEIRA DE ANDRADE, cit., p. 388.

⁵⁷⁸ En relación con esta vinculación de las mayorías a esos derechos, agrega el autor italiano que: “Né c'è differenza, sotto tale aspetto, tra diritti di libertà e diritti sociali: anche i diritti sociali, come è sempre più evidente nei paesi ricchi in cui la povertà tende a divenire una condizione di minoranza, sono diritti individuali virtualmente contrari alla volontà e all'interesse della maggioranza.” (FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione*, cit., p. 905).

línea, en caso de que no actúe políticamente o de que no actúe de forma satisfactoria, podría ser configurada la omisión del legislador. Así, primeramente las normas de derechos sociales prestacionales apuntarían hacia un proyecto de Estado y conformación social, constituyendo una referencia a las opciones políticas del legislador y direccionando la ejecución de políticas públicas. No solamente poseen función de impedir la creación de normas que le sean contrarias (eficacia negativa), sino que determinan al legislador que actúe en pro de su reglamentación. Sosteniendo lo que ha dicho FERRAJOLI, tenemos el entendimiento del Tribunal Constitucional alemán en sentido de considerar esos derechos como “tareas constitucionalmente impuestas” (*verfassung-saufträge*) y en Portugal como “normas impositivas de legislación”.

Lógico que ese deber de legislación debe estar de acuerdo con los propios límites a las opciones políticas, que deben poseer libertad de decisión. Sin embargo, no se puede exigir lo inalcanzable, bajo pena de crearse una situación de “inconstitucionalidad permanente”. Si es indisociable del proceso de concretización de los derechos sociales su carácter abierto en relación con la elección y determinación de su objeto, es normal que éstos sean construidos a través de opciones democráticas entre varias alternativas, desde que adecuadas a la realidad social (posibilidades) y de acuerdo con las prioridades constitucionales. O, como argumenta VIEIRA DE ANDRADE, citando BÖCKENFÖRDE y HENNIS, si así no lo fuese en principio, tendríamos que admitir una situación de “inconstitucionalidade permanente, visto que sempre se poderá dizer que as tarefas constitucionais não são realizadas com a intensidade e a prontidão exigíveis, transformando-se desse modo a Constituição num instrumento de desestabilização política ou de ditadura revolucionária”.⁵⁷⁹

4.2.1.3 Límites materiales

Otro serio obstáculo al reconocimiento de los derechos sociales prestacionales como derechos directamente aplicables está en que éstos involucran

⁵⁷⁹ Cf. VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais...*, p. 410, nota 71.

prestaciones materiales que tienen límites en las propias posibilidades de hecho del Estado. Además de las opciones políticas sobre la elección de sectores a priorizarse en la destinación de los recursos estatales, hay que considerar que el coste de un alcance general de las prestaciones materiales envueltas en la realización de los derechos sociales prestacionales es difícilmente mensurable, por lo que demanda complejos estudios técnicos. Así que la siembra judicial no constituye el foro más adecuado a su discusión.

Además, aunque dimensionemos los costes de su realización, se puede verificar que los derechos sociales prestacionales compiten entre sí por los mismos recursos públicos, de manera que la realización de uno implica, por lo menos, en la reducción en el consumo de recursos públicos que tendrían otro destino determinado. Frente a ese escenario, o caemos en el problema político de la decisión de priorizar un sector en detrimento de otro, o llegamos a la triste realidad de ausencia de recursos suficientes para implementar todos los derechos sociales prestacionales, al menos en el nivel socialmente deseado. En ese caso, sería natural que se priorizase uno en detrimento de otro.

Aunque tengamos como absolutamente relevantes argumentos en relación con la desconsideración del carácter normativo de los derechos sociales prestacionales que implica el mantenimiento de privilegios, siendo posible encontrarse otras fuentes económicas para costearlos, a través de la reducción de desperdicios por parte del Estado y que “o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheios’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero [...]”⁵⁸⁰; es cierto que esos argumentos poseen mucho más un matiz político que uno propiamente jurídico, ya que los responsables de los beneficiados de los recursos constituyen autoridades democráticamente elegidas.

Cierto es que no podemos desconsiderar los límites materiales del Estado en relación con la efectivación de los *derechos prestacionales*. La conocida *reserva de lo posible*, mucho más que argumento formal de retórica, consiste en límite fáctico a la implementación de esos derechos. Como advierte Luis Roberto BARROSO “não se deve alimentar ilusões nem a crença de que as deliberações do espírito operem automaticamente o mundo dos fatos. Ignorar as dificuldades não impede que elas se

⁵⁸⁰ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 54.

produzam. A efetivação dos direitos sociais é, indiscutivelmente, mais complexa que a das demais categorias”.⁵⁸¹

Además de los límites materiales, otra limitación puesta en relación con la aplicación de esos derechos a situaciones individuales basándose únicamente en la norma constitucional son los propios límites jurídicos existentes a la implementación de prestaciones económicas. Ordenamientos que reconocen algunos derechos sociales prestacionales como derechos de aplicabilidad directa – como el caso de Brasil – están lejos de ofrecer una solución jurídicamente coherente a las limitaciones de disposición existentes a los órganos ejecutivos y legislativos en la realización de los derechos sociales prestacionales.

Es común en todos los ordenamientos que se caracterizan por una concepción de poderes de Estado limitados y regímenes fiscales equilibrados, la necesidad de autorización a la disposición de recursos públicos, lo que ocurre por normas presupuestadas, consagradas incluso con previsión constitucional. Sin embargo, de entre los principios que rigen la acción administrativa, el de la igualdad ocupa posición de relieve, impidiendo que se dé a un individuo trato distinto de lo dispensado a los demás en idéntica situación. Al conferir *derechos prestacionales* a situaciones individuales, la decisión judicial, porque implica una obligación de *dar* – en caso de que no haga el análisis sobre la posibilidad de alcanzar a todos a la misma medida del derecho – se sustituye a la Administración concediendo tratamiento distinto en relación con determinado individuo.⁵⁸² Peor aún, se sustituye a la Administración en la práctica de un acto que ni siquiera la Administración puede practicar. Por razones de legalidad e indisponibilidad de las subvenciones públicas, no se podría dar aquel destino específico a los limitados recursos públicos. Así, el problema no es solamente político o de limitación material, sino también jurídico-constitucional.⁵⁸³ Como apunta SARLET, distintamente de la disponibilidad efectiva de los recursos, es decir, de la posibilidad material de disposición, se ubica la problemática relacionada a la posibilidad jurídica de disposición, ya que el Estado

⁵⁸¹ Cf. BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade..cit.,p.* 107.

⁵⁸² I que llamamos “ungido por la bendición judicial”.

⁵⁸³ Ya que entra en conflicto con varios principios constitucionales como el del presupuesto, de la legalidad, de la igualdad, así como con normas de organización y competencia. A este tema volveremos enseguida, cuando vayamos a analizar la ponderación entre principios.

(sujeto pasivo de la obligación) debe tener el poder de disponer, sin lo cual de nada le sirven los recursos existentes.⁵⁸⁴

Finalmente, el problema relativo a la reserva de lo posible es no solamente una cuestión necesaria a la verificación de la posibilidad de configuración de determinado derecho subjetivo individual, pues no se puede desconsiderar la imposibilidad fática de la prestación a todos los casos idénticos. Por su naturaleza, los derechos sociales prestacionales no se pueden prestar a resolver una situación individual partiendo del comprometimiento de una serie de otras situaciones idénticas o más graves aún. Por eso, el proceso o los Tribunales no constituyen el foro correcto a la discusión sobre su implementación. La tutela judicial individual que desconsidera la cuestión relativa a las posibilidades jurídicas y materiales en la identificación del derecho subjetivo público individual corre el riesgo de repetir en el plano judicial el asistencialismo y el personalismo, tan combatidos por el derecho administrativo cuando practicados por autoridades de otros poderes.⁵⁸⁵

4.2.1.4 Separación de poderes

De entre los argumentos en contra de la consideración de los derechos sociales prestacionales como derechos directamente aplicables, uno de los más fuertes consiste en el estremecimiento de la separación de los poderes a causa de una postura de aplicación directa de esas normas constitucionales. Si consideramos que los derechos sociales prestacionales están generalmente previstos en la forma de principios e invariablemente tienen por objeto prestaciones positivas que implican un deber de acción por parte del Estado, no es difícil percibir la polémica que reviste la determinación del Poder Judicial de un deber de accionar al Poder Ejecutivo.

⁵⁸⁴ Cf. SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais.*, cit., p. 282.

⁵⁸⁵ Como ejemplo de la práctica citamos noticia veiculada en el JC ONLINE el 15.06.2005, según la que 12 personas han sido denunciadas en la provincia de Rio Grande do Sul, acusadas de cobrar valores en cambio de priorización de atendimientos y cirugías hechas por SUS (Sistema Único de Salud), todas involucrando el Grupo Hospitalar Conceição (consulta en http://jc.uol.com.br/205/06/15/not_91096, acceso el 06 jul. 2005). No obstante en este caso haber ocurrido cobro, hay varios otros registros de políticos que piden preferencia en las listas a sus correligionarios. Son ejemplos del modo de conducción de la política pública de SUS, que no prioriza la atención a los necesitados. Solamente tiene los necesitados como mayoría a causa de la baja calidad del servicio público. Las partes más eficientes, no raro, son desviadas a los que poseen recursos y se utilizan de "catalizadores" a sus atendimientos.

Primeramente porque la propia aplicación judicial de los principios lo permite, es decir, exige de la acción interpretativa una posición política. Como antes referido, ese movimiento de *judicialización de la política* consiste una de las principales luchas del neoconstitucionalismo y, al mismo tiempo, el mayor objeto de críticas sufridas por éste en la comunidad jurídica. Así ocurre porque, cuando se lleva decisiones políticas a juzgamiento por órganos jurisdiccionales, se rompe en alguna medida la neutralidad que le permitía al Poder Judicial dar la “última palabra”. De ahí la importancia de la existencia de Tribunales Constitucionales como órganos de equilibrio de las relaciones entre los demás poderes.

Pero en ordenamientos que consagran el sistema difuso de control de la constitucionalidad, la adopción de una postura política por los juzgadores, aplicando directamente las normas constitucionales que prevén prestaciones económicas – como defendido por el constitucionalismo–, está considerada por muchos autores como intolerable violación a la separación de los poderes, ya que implica la imposición de deber a acciones del Poder Ejecutivo y la sustitución de decisiones que pertenecerían solamente al Poder Legislativo.

Según tratamos en el punto específico, la alteración de las estructuras normativas en dirección a los principios y la alteración en las fuentes de los derechos contemporáneos privilegiando la interpretación, conducen más y más a la disminución de las fronteras entre político y jurídico, al mismo tiempo que se pone el poder judicial como un tipo de “superego de la sociedad”.⁵⁸⁶ Mucho más que un simple control de la constitucionalidad de las leyes, lo que se discute actualmente es la posibilidad de, en casos de omisión legislativa en relación con los derechos sociales, que la decisión judicial supla esa *omisión*, sustituyéndose al legislador. A eso, según la corriente en contra de la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales, le faltaría legitimidad al juzgador para ingresar en ámbito político que sería exclusivo de la decisión legislativa.

A causa de eso se argumenta que abarcar la tesis neoconstitucionalista de aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales implicaría el restablecimiento de una jerarquía entre los poderes, atribuyendo al Poder Judicial una competencia exacerbada, lo que estaría en contra del clásico principio de la

⁵⁸⁶ En la expresión de Ingborg MAUS.

separación de los poderes, uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho.⁵⁸⁷

4.2.1.5 Aplicaciones alternativas – instrumentos de control de la constitucionalidad y conductores de interpretación

La imposibilidad de considerarse a los derechos sociales prestacionales como verdaderos derechos a causa de las razones antes presentadas conlleva la doctrina que adopta dicha posición a clasificarlos como *casi-derechos*. Pero eso significa solamente el reconocimiento de los problemas de aplicación que son inherentes a dichos derechos y no significa, en absoluto, que no les confiera alguna aplicabilidad. La única diferencia es que no se les reconoce una aplicabilidad directa o plena. VIEIRA DE ANDRADE, por ejemplo, resumiendo la posición dominante en la doctrina portuguesa, sostiene que:

À falta de melhor, e dado que se trata de uma figura nova, com autonomia, designaremos os direitos a prestações por pretensões jurídicas, querendo deste modo apenas significar que são mais que interesses juridicamente protegidos, porque visam em primeira linha à satisfação de bens ou interesses do particular, ainda que não constituam direitos subjectivos perfeitos, por não ser determinável a priori o seu conteúdo.⁵⁸⁸

Partiéndose de esa posición de negación de aplicabilidad plena a los derechos sociales prestacionales se revela, por otro lado, una serie de otras maneras de aplicación que no la de conformación de derechos subjetivos individuales a prestaciones. Como sostienen los defensores de esa corriente, el hecho de que no estén aptos a configurar derechos subjetivos individuales no

⁵⁸⁷ En esa dirección la observación de DIEZ PICAZO: “Por lo demás, no hay que ignorar que, si bien entre los derechos fundamentales cabe hallar de algunos de innegable contenido prestacional – así la gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 CE) –, sólidas razones de prudencia constitucional justifican que el constituyente tendiera a configurar como meras directrices al legislador aquellos objetivos sociales y culturales cuya plena efectividad depende de las disponibilidades financieras. Téngase en cuenta que la invocabilidad directa de la mayor parte las previsiones del mencionado Capítulo III conduciría a un resultado perverso y absurdo: la determinación del gasto público correspondería a los jueces; y ello no sólo sería antidemocrático, sino incompatible con una gestión mínimamente eficiente de la Hacienda pública.” (DIEZ PICAZO, cit., p. 63).

⁵⁸⁸ VIEIRA DE ANDRADE, cit., p. 390-391.

significa que dichos derechos no tengan cualquier aplicabilidad o que puedan estar reducidos a un contenido simplemente programático.⁵⁸⁹

Además de operar como referencia en el control de constitucionalidad de las leyes, ya que poseen, innegablemente, posición constitucional, son distintas las formas de aplicabilidad atribuidas a los derechos sociales prestacionales. Luis PRIETO, por ejemplo, defiende que los derechos sociales prestacionales, por su posición constitucional, poseen al menos dos maneras de aplicabilidad directa e

⁵⁸⁹ La extracción de un derecho subjetivo público partiéndose de una norma de derecho fundamental quizás consista en el asunto más tormentoso a enfrentar cuando tratamos del proceso de concretización de la constitución. Si bien es verdad que algunas normas son auto-aplicables, teniendo determinación clara acerca de quién, cuándo y cómo debe ser la prestación, en otras – y son varias – eso no ocurre. La problemática situación gana contornos de regla general cuando estamos delante del estudio de las normas de derecho fundamental que tratan de los *derechos sociales prestacionales*. Aquí, a causa del carácter ilimitado de las posibilidades de prestación y de formas que estas pueden asumir, así como de la interminable gama de pretensiones que pueden poseer los individuos que se dicen titulares del derecho (ya que la prestación y la conducta no viene definida en la regla) hacen la concretización de esos derechos tarea espinosa. Si bien es verdad que no raro se divulgue, bajo el argumento de que se hace necesario concretizar la constitución, una desconsideración del problema técnico-jurídico aquí tratado. Pero creemos que la técnica jurídica es esencial, bajo pena de que se salga del derecho y se entre en la política. Y la política, cuando ejercida en el medio jurídico por la falta de un parámetro de contrapunto, de legitimidad y del propio freno que el Poder Judicial le impone, corre el serio riesgo del autoritarismo. En la delimitación del derecho subjetivo público es fundamental la lección de José Afonso da SILVA, cuando subdivide una serie de situaciones subjetivas de las que puede disfrutar el individuo titular de un derecho, de acuerdo con la completud de la norma. Según el autor, cuando el derecho no protege determinado interés, es decir, no lo tiene como valor digno de tutela, se dice que dicho interés es jurídicamente irrelevante. Por otro lado, están los intereses dignos de tutela, que se dicen jurídicamente relevantes. En ésta clase, se distinguen los *simples intereses*, las *expectativas de derecho*, los *intereses legítimos*, los *derechos condicionados* y los *derechos subjetivos*. Las *situaciones jurídicas* subjetivas involucran la consideración de esos intereses jurídicamente relevantes y su protección es más intensa a la medida que más eficaces son las normas que las tienen como objeto. En su estudio, José Afonso da SILVA rescata ideas de CARNELUTTI, JHERING y JELLINEK sobre lo que viene a ser un interés jurídico. Si éste (interés) es una posición subjetiva que consiste en las ganas de satisfacer una necesidad teniendo su tutela generalmente en la garantía por el alcance o abstención de un bien jurídico, se tiene que el derecho debe ser medio de realización de ése interés. La relevancia de ése interés está exactamente en el hecho de que el bien jurídico deseado ha sido considerado por la orden jurídica, asumiendo la condición de bien tutelado. Pero las condiciones en las que éste acceso está viabilizado - de modo que comparta el interés subjetivo de aquél individuo específico, tanto en relación con quien estará obligado a prestarlo, como en relación con los demás intereses subjetivos individuales tutelados -, deben tener una previsión objetiva, que consiste en la norma jurídica. Y ésta va a definir lo cuánto, la especie, la forma, el sujeto pasivo, el momento, etc., de la tutela de ese bien jurídico tutelado. Así, es la forma objetiva por la que el bien jurídico está tutelado que definirá sobre la existencia de un derecho subjetivo (en nuestro caso, público), o alguna *situación jurídica* de menor carga de eficacia que un derecho subjetivo, tales como el interés jurídico o interés legítimo o aún, un derecho subjetivo condicionado. En las palabras de José Afonso da SILVA: “Podemos, desde já, enunciar um princípio geral sobre o assunto: a tutela é tanto mais intensa quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional, tratando-se das situações subjetivas de vantagem.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., 2ª tiragem, rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 1999. p. 169). Basándonos en esos planteamientos de reconocimiento de un derecho subjetivo, verificamos los motivos por los que gran parte de la doctrina divulga la necesidad de ley a que nazcan derechos subjetivos individuales. En el caso de *derechos fundamentales prestacionales*, es prácticamente imposible a la constitución bajar a los escalones de especificidad exigidos a la identificación de un derecho subjetivo impositivo de obligación de dar o hacer. Eso ocurre exactamente a causa de la posibilidad casi infinita de intereses subjetivos y bienes que se puede prestar o pedir. Por eso la necesidad, en regla, de ley para definir quien debe prestar, qué debe ser prestado, hasta cuándo, de qué forma y no menos importante, para indicar la fuente de costes y la dotación presupuestada propia de determinada concretización constitucional. En esa dirección está la opinión de VIEIRA DE ANDRADE, cuando pone que para que los *derechos sociales prestacionales* se hagan “derechos subjetivos ciertos” se hace necesaria actuación legislativa que defina su contenido concreto, haciendo opciones políticas en un cuadro de prioridades que obliga a la escasez de recursos y al carácter limitado de la intervención del Estado en la vida social⁵⁸⁹. (Cf. VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais*, cit., p. 388).

inmediata. La primera en el sentido de que funcionan como guías a la interpretación constitucional, permitiendo interpretaciones más bien de acuerdo con los principios del Estado social. Eso le impondría no sólo al legislador el deber de legislar a que se confiera mayor aplicabilidad a esos derechos, sino que también le impondría al intérprete el deber y la posibilidad de interpretar términos vagos cada vez más en dirección a la realización de esos principios. Así, los derechos sociales prestacionales constituyen importantes razones a que el intérprete busque una significación más adecuada a la igualdad sustancial y a la dignidad de la persona humana, que constituyen los fundamentos principales de esos derechos.⁵⁹⁰

Otro punto importante en relación con aplicabilidades alternativas está en el reconocimiento, por parte de la doctrina, de la posibilidad de existencia de excepciones con respecto a algunos derechos prestacionales que pueden tener plena aplicabilidad. Primero porque, como se ha tratado en el Capítulo I de esta investigación, reconoce al derecho como hecho social y, en consecuencia, dependiente de una práctica jurídica. Si la práctica jurídica reconoce aplicabilidad plena a algunos de los derechos sociales prestacionales, no habría problema en la superación de los obstáculos que se ponen a la adopción de una aplicabilidad directa como regla. Otro factor consiste en el hecho de que muchos sistemas – como por ejemplo el español – reconocen la posibilidad de que un derecho social prestacional esté incurso en la lista de derechos fundamentales. En ese caso, aunque comulgue con todas las características de los nombrados *principios rectores*,

⁵⁹⁰ Según el autor: “La jurisprudencia examinada creo que pone de relieve una virtualidad y una insuficiencia. La virtualidad es que los principios rectores y los derechos prestacionales que derivan de los mismos encarnan normas objetivas de eficacia directa e inmediata al menos en dos aspectos: como cobertura de una acción estatal que en otro caso pudiera resultar lesiva desde la perspectiva de ciertos derechos y libertades; y como pautas interpretativas de disposiciones legales o constitucionales, permitiendo soluciones más acordes con el modelo del Estado social. En consecuencia, sirven principalmente para justificar leyes ya dictadas desde el impulso político o también para escoger significados posibles dentro del ámbito semántico de esas leyes. En particular, creo que esta última es la dimensión más interesante desde el punto de vista de la interpretación constitucional: dada la pluralidad de significados, es decir, de normas que cabe obtener de todo enunciado lingüístico, los principios rectores se muestran como razones a favor de escoger aquellas más acordes con la igualdad sustancial y, en general, con los valores que están detrás del Capítulo III.

La insuficiencia me parece que también es doble: primero, y seguramente por la propia formulación lingüística de los principios rectores, por lo común indicativa genérica, no puede decirse que resulta habitual invocarlos como parámetro *único* para acordar la inconstitucionalidad de una ley, aunque ello no resulte jurídicamente imposible; si se cabe decirlo así, los principios rectores entran en escena más para respaldar al legislador que para sancionarlo, y es que los enunciados constitucionales resultan aquí lo suficientemente amplios como para que caso cualquier política pueda justificarse, pero también para que casi ninguna pueda reputarse obligatoria. La segunda, y acaso más importante, es que a partir de los principios rectores es difícil construir posiciones subjetivas de prestación, no sólo porque existan dificultades procesales para que los sujetos titulares puedan reivindicar su cumplimiento, dos problemas que conviene a mi juicio separar, sino por otras razones que serán seguidamente examinadas.” (PRIETO, *Ley, principios, derechos.*, cit., p. 102)

por fuerza de la regla contenida en el artículo 53.3 de la Constitución española, puede gozar de aplicabilidad directa y plena.

Como ejemplo, podemos citar la posición de José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, que concibe la hipótesis de que estos derechos puedan ser directamente aplicables en algunos casos. Incluso partiéndose de enunciados normativos idénticos, pueden tener aplicabilidad distinta. Según el profesor portugués es posible, por tanto, que imposiciones relativas a prestaciones económicas puedan constituir pretensiones subjetivas, así como ocurre con los demás derechos clásicos liberales.⁵⁹¹

Así, considerando los argumentos en contra de la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales, se puede verificar que no constituyen una posición ideológica en contra de la realización plena de esos derechos, privilegiando valores liberales en detrimento de los derechos sociales. Al contrario, se evidencia en esa doctrina una seria preocupación en conferir aplicabilidad a los derechos sociales prestacionales. Pero se destaca en esa posición una preocupación con la coherencia de un sistema jurídico que reconozca la aplicabilidad plena a dichas normas, el que en esa tarea, tendrá que necesariamente resolver problemas de orden jurídico, político y material.

A medida que esas normas están constitucionalmente previstas, también lo está la consagración de la independencia y armonía entre los poderes, los límites materiales y presupuestarios del Estado, la separación entre los ámbitos jurídico y político, el respeto a la decisión democrática, principios de igualdad y legalidad en la actuación de los poderes públicos, etc. Finalmente, la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales presupone la solución de una serie de problemas de las más distintas órdenes, considerados invencibles por la corriente en contra de su aplicación directa, que solamente entiende que priorizar esos obstáculos permite la construcción de un sistema más coherente en lo que, según entendemos, le asiste toda la razón a esos argumentos. La defensa de una aplicación directa a los derechos sociales prestacionales presupone, por tanto, el ofrecimiento de respuestas coherentes a todos estos problemas levantados por parte considerable y ciertamente mayoritaria de la doctrina y ordenamientos jurídicos.

⁵⁹¹ VIEIRA DE ANDRADE, cit., p. 395.

4.1.2.6 El modelo español de aplicación de los derechos sociales prestacionales

Ejemplo claro de concepción en contra de la aplicación directa de normas de derechos sociales prestacionales tenemos, por ejemplo, en el caso español. La Constitución Española es explícita y técnicamente clara en relación con las normas definidoras de derechos sociales prestacionales, previstas en el Capítulo III (*Los principios rectores de la política social y económica*) de su Título I, que trata de los derechos fundamentales. Según consagra en su artículo 53.3., los derechos previstos como *principios rectores de la política social y económica* solamente podrán alegarse ante la jurisdicción de acuerdo con “*lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*”⁵⁹²

De esta forma, queda muy clara la opción de condicionar la aplicabilidad de esos derechos a una acción legislativa en sentido de especificar las formas, los términos, las cantidades, el modo, etc., de aplicación de derechos que implican prestaciones materiales. Aunque no dejen de constituir verdaderas normas jurídicas constitucionales, no constituyen, por sí, derechos subjetivos directamente exigibles.⁵⁹³

De entre los derechos incluidos entre los principios de la política social y económica, seguramente el más importante consiste en la norma que trata del derecho a la salud, por lo que lo utilizaremos como parámetro para análisis de la aplicación de los derechos sociales en el caso español, así como utilizaremos el mismo derecho como referencia, cuando se trate del caso de Brasil, donde hay una clara política judicial en sentido de conferir aplicabilidad directa a esos derechos. Aunque no constituya un derecho directamente aplicable, su carácter de norma constitucional permite una serie de consecuencias, que reflejan bien la posición de la doctrina en contra de la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales.

⁵⁹² Como esclarece DIEZ PICAZO: “(...) los principios rectores de la política social y económica, recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, no pueden configurarse como verdaderos derechos fundamentales. El art. 53.3 CE es terminante al condicionar su invocación ante los tribunales a «lo que dispongan de leyes que los desarrollen». Así, un primera característica de los principios rectores de la política social y económica es que, a diferencia de los derechos fundamentales, no son directamente aplicables.” (DIEZ PICAZO. cit., p. 62).

⁵⁹³ De acuerdo con FERNÁNDEZ PASTRANA “[...] el proclamado «derecho a la protección de la salud» no es tal y auténtico derecho subjetivo, a pesar de la expresión que se utiliza, sino un mero principio informador de la política social, que debe ser, eso sí, reconocido, respetado y protegido, y que informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.” (FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., *El servicio público de la Sanidad: El marco constitucional*, Madrid: Civitas, 1984, p. 60).

La primera de ellas es que constituyen normas impositivas al legislador, en sentido de que estos tienen el deber de organizar los servicios públicos de salud, estableciendo competencias y políticas de tutela sanitaria, así como definir los derechos que posee cada ciudadano a la tutela sanitaria. Como esclarece el artículo 43.2. de la Constitución española, “compite a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos a respecto.”

Determina, por tanto, que la previsión constitucional tiene por finalidad la de servir como guía a la actuación del legislador, condicionándolo e imponiéndole el deber de actuar. Pero no tiene la condición de fundamentar derechos subjetivos individuales, que dependerán de reglamentación. El instrumento constitucionalmente indicado a regular los nombrados *principios rectores* será la ley. Así, esos derechos estarán siempre condicionados por decisiones políticas.

Pero debe quedar claro que la previsión constitucional del derecho a la salud trae como consecuencia también una vinculación de esas decisiones políticas a una porción de otras normas constitucionales. Algunas, incluso, de aplicabilidad directa. Según refiere María Luisa PÉREZ PÉREZ, “existen principios de alcance general pero que atañen directamente a la protección de la salud, en el sentido de que son preceptos que comprometen a los poderes públicos.”⁵⁹⁴ De entre ellos se puede citar el derecho a la igualdad, que también vincula los hechos legislativos que desarrollan acciones de tutela sanitaria (art. 14), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15) y el deber del poder público de promover condiciones de libertad e igualdad al individuo y a los grupos sociales (art. 9.2).

Esa compleja incidencia de normas en relación con el caso concreto –que caracteriza la aplicación directa de la constitución– posibilita ciertamente una vinculación más abarcadora del legislador en el momento de la definición de las políticas de aplicación de los derechos sociales prestacionales. Pero, –considerándose que la finalidad de los derechos prestacionales es exactamente la de servir de instrumento de superación de diferencias económicas y sociales– estos fundamentos se los podría utilizar como criterio de definición de una prestación ante un argumento de violación de un derecho de libertad a causa de la falta de un bien

⁵⁹⁴ PÉREZ PÉREZ, María Luisa. “El derecho a la protección de la salud en España”. *Anuario del seminario permanente sobre derechos humanos*, 119; (1): 229-252, p. 235.

económico. Para ser más específico, se podría postular la imposibilidad de goce del derecho de libertad por ausencia absoluta de medios materiales para tratar de patología que acomete determinado sujeto. En ese caso, por el mismo raciocinio de interacción de normas al mismo caso, se podría superar el problema de aplicabilidad de un derecho social prestacional. Así mismo, dicha perspectiva –que incluso la defienden algunos autores en la doctrina española– aún no tiene el respaldo del Tribunal Constitucional.

Hay todavía, en relación con el desarrollo legislativo de los derechos sociales prestacionales en España, la posibilidad levantada por Luis PRIETO, que sostiene que, una vez definida la política legislativa definidora de los contornos del derecho prestacional en cuestión y posibilitado el análisis del derecho subjetivo individual por la jurisdicción ordinaria, sería en este caso también posible el recurso de amparo, ya que está superado el problema de la aplicabilidad previsto en el art. 53.3.⁵⁹⁵

El Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre algunos de los efectos relativos a los derechos ubicados entre los artículos 39 y 52 de la Constitución Española, entendiendo por ejemplo, que constituyen parámetro de determinación de la constitucionalidad de las leyes porque no se les niega la condición de norma constitucional. Así ya ha ocurrido en la STC 18/1982 o 45/1989. De la misma forma, en la STC 4/1981, reconoce el Tribunal Constitucional el efecto derogatorio de dichas normas, que deroga cualquier ley que le fuese anterior y que dispusiese de forma contraria o incompatible.

Otro hecho que está a favor del mantenimiento de una interpretación de que los *principios rectores de la política social y económica* de la Constitución Española

⁵⁹⁵ En las palabras de PRIETO: “Por otra parte, el recurso de amparo creo que resulta posible una vez que se haya producido el desarrollo legislativo a que alude el art. 53.3 y, por tanto, una vez que el contenido prestacional se encuentre bien perfilado y que la jurisdicción ordinaria tenga competencia para conocer demandas directamente orientadas a la tutela del derecho en cuestión.” (PRIETO, *Ley...*, cit., p. 105). En la misma dirección se pone FERNÁNDEZ DE SANMAMED cuando afirma que: “Concretamente, debemos añadir la sugerencia del profesor Garrido Falla (cuya reciente pérdida también debemos lamentar), que nos recordaba que el art. 162, 1, b) habilita para plantear el recurso de amparo constitucional a toda persona que invoque un «interés legítimo», no un derecho fundamental, por lo que, como decía un ilustre administrativista, nada impide que, en el desarrollo de un proceso contencioso, el mismo juez decida a instancia de parte plantear la cuestión de inconstitucionalidad, aun a pesar de la limitación de los derechos fundamentales susceptibles de suscitar el recurso de amparo – lo que también admite que el TC en sus SSTC 178/1981, de 4 de noviembre (en que se niega a los principios rectores la carencia de contenido y se otorgó el amparo en virtud del art. 50) y en las SSTC 62/1983, de 11 de julio, FJ 2, 294/1977 y 294/1977, de 24 de julio (en las que el Alto Tribunal reconoce, con limitaciones, a los extranjeros toda clase de derechos del Título I, incluyendo los del Capítulo 3º, otorgando el amparo con base en los apartados 1 y 3 del art. 39 CE). (FERNÁNDEZ SANMAMED, José Luis Prada. “Revisión de los principios rectores de la política social y económica”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 122, octubre-diciembre, 2003, p. 2293-294).

como dependiente de actividad legislativa es la agilidad del legislador en presentar soluciones que no les paralice la operatividad y la aplicabilidad, no esperando que sea constituido en mora por el Tribunal Constitucional.⁵⁹⁶ Eso comprueba que, aunque no tengan aplicabilidad directa, se puede decir que los *principios rectores* han tenido por poco tiempo una eficacia diferida, siendo regulados en tiempo razonable por el legislador, por lo que el clamor por su aplicabilidad directa está reducido. Dicho hecho comprueba, una vez más, que los principios jurídicos dependen de las situaciones fácticas puestas en su regulación. Si hay una tutela razonable de los *principios rectores*, como se comprueba con la política legislativa y ejecutiva española, se puede decir que dichas normas pierden en gran medida su fuerza argumentativa a la demanda de una tutela directa. Sin embargo, hay que considerar que las opciones políticas del legislador en la reglamentación de los derechos sociales prestacionales deben estar siempre priorizadas, porque implican decisiones políticas y colectivas, solamente siendo posible sustituir la aplicación directa cuando manifestadamente insuficiente o a causa de situación excepcional que determine dicha desconsideración de la situación general. Ese hecho incluso está reconocido en aquellos ordenamientos que consagran la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales, como trataremos enseguida.

Es, por tanto, posible concluir que, aunque con alguna resistencia de parte de la doctrina, está clara la posición en la dirección de que los derechos sociales prestacionales no constituyen derechos fundamentales, exactamente porque les falta la aplicabilidad directa. En otras palabras, no se puede considerarlos derechos fundamentales porque no generan directamente derechos subjetivos. Dicha posición ha sido sedimentada por la decisión proferida en la STC 16/1981, que distingue claramente entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, y los *principios rectores* pertenecerían a ese segundo grupo.

⁵⁹⁶ Como observa José Luis PRADA FERNÁNDEZ SANMAMED: "De ahí que la ley de desarrollo de los principios rectores podría ser una ley autonómica, o territorial, si forma parte de sus competencias, de tal modo que al Legislador Central no le faltaran acicates para aprobar su propia legislación al respecto, sin tener que esperar que muchas sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional le reprocharan la omisión de ley, razón por la cual, como se verá, la eficacia diferida de los principios rectores lo ha sido por poco tiempo. Es más: como prueba de los efectos garantistas de la descentralización política hay que indicar que el Tribunal Constitucional ha debido dirimir conflictos reiterando que el elenco del Capítulo III no constituye un título atributivo de competencias al Estado en detrimento de las competencias autonómicas [SSTC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 4, y 149/1991, de 4 de julio, FJ 1D]. (PRADA FERNÁNDEZ SANMAMED, José Luis. cit., p. 288).

Así pues, el ordenamiento español busca reconocer un determinado nivel de vinculación del legislador y de la Administración a la realización de los derechos sociales, haciendo posible que sufran, en relación con esos derechos, control del Tribunal Constitucional, pero, al mismo tiempo, evitando un activismo judicial en relación con la definición de parámetros de realización que podrían ser desestabilizadores. Aunque sujeto a críticas por parte de algunos autores que desean ver los derechos sociales prestacionales considerados como verdaderos derechos fundamentales, el sistema no deja de ser coherente en la medida en que evita todos los problemas interpretativos, jurídicos y políticos relatados en ese punto, generados por la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales.⁵⁹⁷

4.2.2 Argumentos favorables a la aplicabilidad directa de los derechos sociales

Aunque los obstáculos fácticos, jurídicos y normativos puestos por la corriente doctrinaria y jurisprudencial que se opone al reconocimiento de los derechos sociales prestacionales como pretensiones subjetivas individuales directamente aplicables, muchos son los autores que ven dichas barreras como absolutamente traspasables.

Considerando que los derechos sociales –principalmente los prestacionales– son derechos relativamente recientes, es normal que a su plena aplicabilidad se opongan un par de dificultades, que son inherentes al proceso de concretización y

⁵⁹⁷ Pero no escapa de las críticas generadas por el hecho de que, ante una falta de tutela legislativa o administrativa, no se podría dejar de tutelar situaciones extremas de no cumplimiento de parámetros mínimos de realización de esos derechos. Como apunta VIEIRA DE ANDRADE: “O grau de vinculação do legislador é variável conforme o carácter mais ou menos determinado ou determinável da imposição constitucional respectiva, ficando na generalidade dos casos para o legislador um espaço autónomo relevante de *conformação política* do conteúdo dos direitos, que não pode ser suprido pelos aplicadores da Constituição nos casos concretos, designadamente pelos juizes. No entanto, pelo menos no que respeita ao conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais, tem de admitir-se uma vinculação estrita do legislador às normas constitucionais, que pode mesmo, em determinadas circunstâncias, permitir a afirmação judicial de direitos originários a prestações.” (VIEIRA DE ANDRADE, cit., p. 399-400). Incluso, como referimos, esas situaciones han sido evitadas por un gran avance social y económico probado por España en los últimos años, aliada a una regulación aceptable de dichos derechos. Por ahora, una demanda por un cambio de postura en relación con la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales parece estar en la existencia de un conflicto social, que demanda una intervención del Tribunal Constitucional, lo que felizmente aún no ocurre en el caso español contemporáneo. En este sentido, coincidimos integralmente con FERNÁNDEZ DE SANMAMED cuando afirma que: “el conflicto social, que, por más que nos pese, todavía sigue siendo el motor de la historia, se convertirá a la postre en la mejor protección de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución española en todas sus vertientes jurídicas.” (FERNÁNDEZ DE SANMAMED, cit., p. 314-315).

sedimentación cultural propias al reconocimiento de cualquier derecho. Dichas dificultades han sido vencidas gradualmente por los clásicos derechos de libertad, que son producto de una larga maduración social e institucional, así que hasta hoy tienen su aplicabilidad cuestionada en algunos aspectos de la constitución, como por ejemplo el conflicto entre el derecho a la intimidad y la posición pública de determinadas personas o de la libertad de prensa y el respeto a las reglas democráticas.⁵⁹⁸

Algunos de esos autores favorables a la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales llegan a justificar la necesidad de esa aplicabilidad en el hecho de que éstos poseen una actividad subsidiaria a los derechos clásicos de libertad, teniendo como objetivo el de garantizar padrones mínimos a que los sujetos de derecho se puedan expresar libremente, manifestar de forma plena sus libertades políticas, optar por la religión que quieran o mismo gozar de mínimos grados del ocio. Como se ha dicho antes cuando tratamos del origen de los derechos sociales prestacionales, ¿qué condición tiene un ciudadano de expresarse libremente si no tiene patrones mínimos de escolaridad que le posibiliten el desarrollo del pensamiento? ¿Qué condiciones posee un individuo de manifestar su voluntad política si depende de la asistencia dirigida por el gobernante a la vez? ¿Qué condiciones mínimas de vida posee una madre que lucha por el tratamiento de un hijo que no está cubierto por los planes públicos de salud y que no dispone de recursos para costearlo?

Así, se impone en ese punto el examen de los argumentos utilizados en algunos ordenamientos – principalmente si consideramos el caso de Brasil– donde es dominante en la doctrina la atribución de una aplicabilidad directa, es decir, sin la intermediación del legislador, a una serie de normas que involucran derechos sociales prestacionales. La certidumbre de la posibilidad de superación de barreras jurídicas y fácticas presente en las posiciones a favor de la aplicación directa está resumida por Andreas J. KRELL, cuando sostiene que:

⁵⁹⁸ Como apunta Tereza VICENTE GIMÉNEZ: “El avance histórico de los derechos humanos descansa hoy em el reconocimiento, la efectividad y la exigibilidad de los derechos sociales, del mismo modo que ocurrió en otro momento histórico con los derechos civiles y, más tarde con los derechos políticos, que consiguieron una base jurídica suficiente para realizar los derechos humanos, enunciados entonces como punto de partida. En la actualidad, el proceso de realización histórica de los derechos sociales requiere de la adopción de medidas en el plano interno y en el plano internacional, porque la mejora de las condiciones de vida de la humanidad, de las gentes y de los pueblos, exige una acción una conjunta y solidaria.” (VICENTE GIMÉNEZ, T. *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., p. 102).

As normas programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. Elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável.⁵⁹⁹

Primeramente, en relación con este punto, hay que dejar claro que cuando tratamos de aplicabilidad directa de derechos sociales prestacionais, nos estamos refiriendo a la posibilidad de que dichas normas amparen una pretensión individual a un bien específico relacionado a la norma, que buscaría la imposición de una orden judicial al Poder Ejecutivo a que aporte la prestación social material a un dicho individuo. Hacemos esa referencia, porque es, de alguna manera, unánime en la doctrina que las normas de derechos sociales prestacionales produzcan una serie de eficacias que no la configuración de un derecho subjetivo individual. Hay, por ejemplo, el reconocimiento de que estas normas pudieran revocar otros atos normativos anteriores o que invalidarían actos normativos posteriores que no fuesen compatibles con ellas, que vincularían al legislador, de modo que estaría constitucionalmente obligado a deliberar de acuerdo con los fines previstos en dichas normas, u obedecer a los parámetros en ellas establecidos. Sin embargo, hay concordancia de la carga de eficacia consistente en influir la interpretación de las demás normas del ordenamiento, constituyendo parámetros a la interpretación, integración y aplicación de otras normas jurídicas. Incluso, hay posiciones en sentido de que esas normas podrían consistir derechos subjetivos negativos, de manera que el legislador no pudiera actuar para perjudicar conquistas ya alcanzadas en efectivo de referidas normas, lo que se celebra en la doctrina por la “prohibición del retroceso”, expresión cuñada por J. J. GOMES CANOTILHO.

Así, cuando tratamos de la aplicabilidad de los derechos prestacionales, nos estamos refiriendo, prioritariamente, a aquellos derechos que poseen positivación constitucional y que: a) no han sido reglamentados por el legislador, o b) han sido reglamentados de forma insuficiente. Es, por tanto, a esta posibilidad de aplicación directa –punto más bien complejo y controvertido en la doctrina– al que nos dirigimos en esta investigación.

⁵⁹⁹ KRELL, A. J., *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 20.

4.2.2.1 Regímenes jurídicos diversos

Una de las estrategias de que se ha utilizado la doctrina que sostiene la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales es la de que éstos derechos poseen la misma aplicabilidad de cualquier derecho constitucionalmente previsto, por lo que no hay que hacer distinción entre una pretensión individual basada en un derecho social prestacional y una pretensión basada en derechos clásicos de libertad.

En el caso de la Constitución de Brasil, la cuestión posee algún fundamento normativo, porque derechos de libertad y derechos sociales están previstos en el mismo capítulo que trata de los derechos fundamentales, y sostiene que para ellos se aplica la norma prevista en el párrafo primero del artículo 5º que determina que tengan “aplicación inmediata”.⁶⁰⁰ La Constitución Española, por otros argumentos, acaba por amparar dicha interpretación en la medida en la que prevé el derecho a la educación como derecho fundamental directamente aplicable y no incluye otros derechos sociales prestacionales en ese rol, que estaría restringido a los derechos clásicos de libertad. Así, aunque de manera restricta, confiere sólidos argumentos a la corriente que sostiene tratarse de derechos que poseen un modo idéntico de aplicación.

Aunque consideremos la idea defendible en términos teóricos, tenemos serias restricciones a su aceptación, como parece estar claro en la línea que se sucede en esta investigación. Los problemas de aplicación de los derechos sociales prestacionales provienen de sus características particulares, que los distinguen en cuanto al fundamento, a la titularidad, al objeto, a la variabilidad de su objeto, etc. Por fin, poseen una serie de características que les imponen una lógica de aplicación propia.

Intentar simplificar su aplicación desconsiderándose esa lógica puede, es evidente, facilitar su superación normativa. Pero las dificultades que surgen en el momento de la ejecución de determinada prestación son muy difíciles de superar, pudiendo llevar al descrédito de la decisión judicial. Sin embargo, el problema de las

⁶⁰⁰ Argumento con el que no estamos de acuerdo porque nos parece haber una titulación equivocada del capítulo, así como tenemos serias restricciones a que un párrafo – que debe ser aplicado a su artículo – tenga alcance a un capítulo entero, lo que debería ser positivado a través de un nuevo artículo.

posibilidades fácticas también impone que se trate esos derechos de manera particularizada. Es mucho más sencillo al juez garantizar la libertad o el derecho de expresión, que hacer aparecer condiciones materiales como acceso satisfactorio a la salud, a la educación, a la vivienda, pleno empleo, etc.

Así, registrando la existencia de opiniones que proponen la simplificación por la consideración idéntica de derechos, entendemos que son más productivas y constructivas las posiciones que se ocupan de superar las dificultades en la búsqueda de padrones de aplicabilidad directa y satisfactoria a los derechos sociales prestacionales. Estamos de acuerdo en ese punto con ABRAMOVICH y COURTIS cuando afirman que “diferenciar entre derechos civiles y derechos sociales puede tener algún sentido si con ello se pretende señalar la distinta matriz reguladora a la que responde la positivación de cada derecho. La distinción puede aportar alguna información sobre el origen histórico y sobre el contexto político-ideológico, o de la regulación de distintos ámbitos de interacción humana. Sin embargo, el empleo de la distinción tiene también limitaciones: por ejemplo, no es exhaustiva, de modo que se puede señalar derechos que no respondan exclusivamente a ninguno de los dos rótulos, y es demasiado genérica, de manera que, bajo cada categoría, caben derechos de estructura completamente homogénea, imposible de reducir a una forma única.”⁶⁰¹

4.2.2.2 Posiciones por la aplicabilidad

Las posiciones que defienden la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales se caracterizan por su aspecto innovador y creativo, porque buscan en las amplias posibilidades conferidas a la actuación judicial, partiendo de las perspectivas normativas y políticas defendidas por el constitucionalismo contemporáneo. Son resultado de muchas de las nuevas perspectivas que ha traído el constitucionalismo que hasta ahora tratamos, tales como la existencia de nuevas fuentes de derecho que no exclusivamente la ley, una nueva dimensión en la

⁶⁰¹ ABRAMOVICH y COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. cit., p. 64.

separación de poderes o incluso en las nuevas perspectivas normativas traídas por la consideración de los principios jurídicos como verdaderas normas jurídicas.⁶⁰²

a. Separación de poderes

La primera de ellas –y seguramente de las más importantes– consiste en la revisión de las dimensiones conferidas a la separación de poderes, principalmente en lo que se refiere al control de los gastos públicos y a la imposición judicial de la prestación de servicios y acceso a bienes que se deben garantizar partiéndose de una perspectiva de Estado social. Como ya se ha examinado en el Capítulo II de ésta investigación, la posición de supremacía de la constitución permite que decisiones políticas sean condicionadas por normas constitucionales, las que, por fin, serán objeto de interpretación judicial. Así, es en alguna medida inevitable que los órganos responsables por la definición de sentido de las normas constitucionales –Tribunales Constitucionales– acaben por analizar aspectos políticos de decisiones administrativas y legislativas cuando ejerciten la jurisdicción constitucional.

En la línea de lo que defiende Ana Cristina MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, defensores de la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales sostienen que la separación de poderes no puede obstaculizar la efectuación de normas relacionadas con la dignidad humana o con la vida. Por tanto, no es posible admitir la preponderancia de la separación de poderes o de las prerrogativas de los demás poderes para alejar la posibilidad de que la decisión judicial reconozca en casos concretos pretensiones relacionadas directamente a la vida o a la dignidad de la persona humana.⁶⁰³ Considerándose que todas cuentan con status constitucional, tal preferencia de la separación de poderes no superaría un juicio de proporcionalidad en algunos casos extremos.

Así, se permiten los defensores de la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales superar el argumento de la violación al principio de la separación de poderes opuesto por la corriente en contra de su aplicación directa agarrándose a la nueva dimensión conferida a ese principio en el constitucionalismo

⁶⁰² Sobre las repercusiones de cada uno de esos puntos para conferir una nueva perspectiva de aplicación directa de los derechos sociales prestacionales trataremos específicamente en los puntos siguientes de esta investigación. Por ahora, trataremos de dichas innovaciones como materia incidental, justificando teorías que defienden la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales.

⁶⁰³ MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, Ana Cristina. “O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais”, *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007, (p. 14-24), p. 19.

contemporáneo, que lo hace compatible con un sistema de mutuo control entre los poderes, siempre basándose en la constitución, que estaría normativamente por encima de éstos, por lo que condicionaría el propio mérito de decisiones políticas.

Aún en esa línea, presentan solución para superar al argumento de legitimidad de esas decisiones, según el cual la aplicación directa de derechos sociales prestacionales implicaría una decisión política a tomarse de parte de órganos sin legitimidad democrática. Según el argumento contrario, la aplicación directa de derechos sociales prestacionales involucra una disputa por recursos limitados, por lo que estaría a cargo de la competencia de un hecho democráticamente legitimado, lo que no es el caso de la decisión judicial. Según la corriente favorable, se entiende que mientras la constitución confiere preferencia a que se tome estas decisiones por vía política, no le establece exclusividad. Al conferir a algunos órganos la competencia de ejercitar la jurisdicción constitucional, permite que estos órganos definan la adecuación de las decisiones políticas – o la falta de ellas – a los fines constitucionalmente previstos. Así, de la misma manera que hace posible la invalidación de una ley por incompatibilidad con la constitución, podría suplir omisión inconstitucional por la tutela de un derecho subjetivo individual. Como advierte Ana Paula BARCELLOS:

Os poderes públicos estão submetidos à Constituição, como uma decorrência direta da noção de *Estado de Direito*, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.⁶⁰⁴

Ese sistema, además de proveer un resguardo a derechos fundamentales, permite que la decisión judicial pueda constituir en mora al legislador, asumiendo importante papel de instrumento de discusión de las reivindicaciones sociales. De esa manera, no violaría las reglas democráticas, sino que fortalecería la democracia, cuando se considera los derechos (principalmente los prestacionales) como garantía extrema de las minorías y de los excluidos en contra de la decisión de las mayorías

⁶⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, org. Ingo WOLFGANG SARLET, Luciano BENETTI TIM, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p., 115.

y, principalmente, de los grupos organizados.⁶⁰⁵ La tutela judicial de los derechos sociales prestacionales constituiría, por lo tanto, un campo nuevo al debate democrático sobre las prioridades políticas del Estado.

b. ¿Cómo definir los criterios políticos?

Aunque se confirme esa posibilidad de un control judicial de la omisión legislativa, permanece la crítica de que el Poder Judicial no puede tomar decisiones políticas porque; por límites procesales, su decisión considera el caso concreto, no teniendo la amplitud y abstracción que caracteriza la decisión legislativa. La solución del problema del caso concreto, cuando consideramos las limitaciones financieras que están sujetas a esos derechos, acarrearía una supresión a otros derechos sociales prestacionales dependientes de los mismos recursos. ¿Cómo, entonces, elegir qué bienes y casos se podrá tutelar?

Según la corriente favorable a la aplicación directa, en principio todas las normas de derechos sociales prestacionales serían directamente aplicables en algún grado, siendo que todos los bienes jurídicos son merecedores de tutela judicial, que podrá cambiar en su amplitud. Andreas KRELL, por ejemplo, sostiene que la solución más coherente con la constitución es la que propicie su mayor aplicación, preferentemente sin que tenga que optar por tutela entre situaciones extremas de necesidad y desamparo, como la elección entre tratar enfermedades raras o terminales o tratar enfermedades comunes a la pobreza. En esas situaciones deberá el intérprete cuestionar la disponibilización de otros recursos que no se encuentran en tan alto grado de riesgo social, como la disminución de costes de órganos

⁶⁰⁵ Hay autores, incluso, como Ana Cristina MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, que defienden la existencia de una legitimación de los órganos judiciales por la constitución y por vía indirecta de otros órganos democráticamente legitimados. Como afirma: "O Poder Judiciário, desse modo, quando provocado pelo interessado, tem legitimidade para concretizar direitos fundamentais. Esse Poder foi criado pela Constituição, derivando dela sua autoridade e compondo, com o Executivo e o Legislativo, o Poder Político nacional. Os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade do Executivo e Legislativo (os ministros dos tribunais superiores, por exemplo, são nomeados pelo presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, nos termos dos arts. 101 e 104 da Carta Magna), sendo a eles conferido considerável grau de representatividade. Aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas capazes de proporcionar independência no julgamento. Desse modo, o Judiciário está sempre obrigado a motivar suas decisões racionais e logicamente, diferentemente das deliberações puramente políticas. A decisão judicial será revista por órgãos superiores, assegurando a correção de eventuais erros. O processo jurisdicional é participativo, assegurando às partes amplo contraditório. Os grupos minoritários, caso não tenham acesso ao processo político, terão sempre acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos." (MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, Ana Cristina. "O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais", cit., p. 20).

administrativos, tribunales, órganos legislativos, incentivos económicos, subsidios, etc.⁶⁰⁶

Otra solución ofrecida –que nos parece muy coherente– consiste en desconsiderar ese sopeso de razones políticas cuando la situación presentada al intérprete viole de manera inadmisiblemente el principio de la dignidad humana o ponga en riesgo la vida. Dicho criterio considera que las normas de presupuesto o de separación entre poderes poseen el mismo status constitucional de las normas que prevén derechos sociales prestacionales en los ordenamientos que adoptan un modelo de Estado social. Así, como no están sujetas a relaciones de validez, en esos casos extremos hay que someter a un juicio de ponderación para la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales, ya que el caso concreto trataría de situación extrema, que contaría con el apoyo de los principios basilares de la dignidad humana y de la protección a la vida en el juicio de ponderación.⁶⁰⁷

Veamos que, como se ha tratado en el Capítulo III, juicios de ponderación se hacen desde las peculiaridades del caso concreto. Así, aunque el parámetro de la violación de la dignidad o del derecho a la vida se pueda sostener como criterio interpretativo a la superación de obstáculos jurídicos como la separación de poderes y las normas de presupuesto, a la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales, serán las condiciones del caso concreto que revelarán si en efecto ocurre esa violación.

En esa misma línea, hay una corriente que sostiene la posibilidad de aplicación directa de los derechos sociales prestacionales siempre que la falta material de los bienes que tutelan le impida al particular ejercer libremente un derecho clásico de libertad.⁶⁰⁸ Así sería, por lo tanto, la falta de educación en patrones mínimos que le impida al ciudadano ejercer su capacidad de libre

⁶⁰⁶ En el caso de Brasil, por ejemplo, es constrictivo el volumen de recursos utilizados en costear la Justicia Electoral si comparamos con lo que se gasta a la calificación de la libertad de pensamiento y condiciones mínimas de vida de los electores (educación, sanidad, salud, etc.). Mejor dicho, hay una preocupación mucho mayor con lo formal que con lo material.

⁶⁰⁷ En esa dirección está la posición de Ingo SARLET, al sostener que ante prestaciones de cuño emergente, cuya denegación acarrearía el comprometimiento irreversible o mismo el sacrificio de otros bienes como la propia vida, integridad física y dignidad de la persona humana, habremos de reconocer un derecho subjetivo del particular a la prestación determinada, bajo pena de denegarse cualquier aplicación a estos principios fundamentales del ordenamiento. (SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit. 302).

⁶⁰⁸ “O desiderato dos direitos sociais, como direitos a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, poder ser enquadrados naquilo que se denominou *status positivus socialis*.” (SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 279)

pensamiento. La falta de un tratamiento mínimo de salud que impida a un niño el libre desarrollo. En ese caso las situaciones son amplias y, por lo tanto, solamente comparables al caso concreto. Pero el criterio está íntimamente relacionado al carácter subsidiario de los derechos sociales, que examinamos a comienzos de este capítulo. Si los derechos clásicos de libertad poseen innegable aplicabilidad directa, uno de los criterios a la aplicación directa de los derechos sociales sería la configuración de una falta de recursos materiales tamaña, que acabe impidiendo el goce – aunque en padrones mínimos – de los derechos de libertad. De acuerdo con ese criterio, el propio derecho de libertad acabaría prestando su aplicabilidad al derecho prestacional.⁶⁰⁹

c. Omisión legislativa caracterizada

Otro criterio en la concretización de los derechos sociales prestacionales adoptado por la corriente favorable a su aplicación directa consiste en la posibilidad de su aplicación en los casos donde está caracterizada una omisión legislativa inconstitucional en su desarrollo. Es punto común tanto a la posición en contra como a la favorable a la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales, que este tipo de derechos presupone, preferentemente, una actividad legislativa integradora entre la norma constitucional y las situaciones fácticas que se vaya a tutelar. Sin embargo, comulgan esas teorías que habría una incontestable prioridad del legislador en esa tarea, decurrente de una margen considerable de autonomía que le está conferida por la constitución a la definición de prioridades y opciones, dentro del espacio puesto constitucionalmente. Como pone KRELL, en um

sistema jurídico pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e

⁶⁰⁹ Como apunta Ana Paula BARCELLOS: “[...] tornou-se corrente a afirmação de que o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, ou de pelo menos alguns deles, é indispensável para o funcionamento regular da democracia e, especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas. Isto é: ainda que não se quisesse reconhecer um valor autônomo a tais direitos e à sua proteção, ao menos será preciso assumir dois axiomas para que as pessoas possam participar do procedimento de deliberação: reconhecer que todos os indivíduos são livres e iguais. Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público. Em outras palavras: o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna.” (BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, cit., p. 119-120).

aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e parlamentos⁶¹⁰

Pero la unanimidad deja de existir cuando se considera las consecuencias a una omisión injustificada de parte de los órganos legislativos de ejercer esa preferencia constitucional. Argumentan los defensores de esa alternativa que hay un límite a que se espere la toma de posición de parte del legislador. Cuando la ausencia de una decisión política sobre un derecho constitucionalmente previsto se perpetúa en el tiempo sin una justificación razonable, sería posible que esa omisión – inconstitucional – sea suplida por la aplicación directa de la norma constitucional en el caso concreto. Como afirma MONTEIRO DE ANDRADE E SILVA:

A implementação de políticas públicas é tarefa precípua do Poder Executivo, eleito pelo povo, que agirá conforme os critérios de oportunidade e discricionariedade nas suas escolhas; está, entretanto, vinculado, em todos os casos, à satisfação do bem comum. O Legislativo, por seu turno, tem como missão a concretização das normas constitucionais, tornando possível a fruição dos direitos fundamentais pelo indivíduo. Entretanto, diante da omissão desses dois poderes, há de se esperar do Judiciário uma atitude, sob pena de “tornar letra morta” os dispositivos constitucionais. Assim, em regra, é de se esperar que as políticas públicas e sua efetivação sejam realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, devendo entrar em cena o Judiciário em situações emergenciais, em que não haja outro socorro para o cidadão.⁶¹¹

En la misma línea se ponen ABRAMOVICH y COURTIS, cuando sostienen que la omisión estatal en el ofrecimiento de condiciones de aplicabilidad a los derechos sociales prestacionales constituyó una violación a estos derechos. Si en alguna medida parece complejo analizar los casos en que ocurriría esa omisión o el *quantum* de esa omisión, lo ideal parece ser comenzar con la total omisión. Si la concretización de los derechos sociales prestacionales es una cuestión de grado caracterizada por su carácter progresivo, el hecho de no hacerse ninguna regulación ya es un buen comienzo al reconocimiento de la omisión.⁶¹²

Además de ese caso de no regularse, observan los autores argentinos que “esta declaración es el resultado de un juicio de comparación de las medidas que el Estado debió haber adoptado para proteger o satisfacer un derecho, con las

⁶¹⁰ KRELL, A. J., *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 22.

⁶¹¹ MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, Ana Cristina. “O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais”, cit., p. 22.

⁶¹² Como dice Andreas J. KRELL, “[...] a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos” (*Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 23).

medidas efectivamente adoptadas por él – o con su ausencia”.⁶¹³ En ese proceso se pueden utilizar tanto la regulación de otros derechos análogos o hasta menos relevantes, así como la propia cobertura del Estado en esa misma área, demostrando –en favor del Estado– que hubo un progreso o, a favor de la caracterización de la omisión, que esta no ha ocurrido o, al contrario, ha empeorado.⁶¹⁴

Caso emblemático sobre la posible utilización de criterios claros a la caracterización de una omisión inconstitucional ha ocurrido en Argentina, en el caso *Viceconte, Mariela Cecilia vs. Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social*.⁶¹⁵ En este caso, se ha constatado la existencia de una enfermedad epidémica que afectaba la pampa argentina, con una posibilidad de contagio de 3.500.000 habitantes, conocida como “Fiebre Hemorrágica Argentina”. En base a datos del propio Ministerio de Salud, el tratamiento adecuado sería a través de la vacuna CANDID 1, cuya eficacia en el tratamiento era del 95% de éxito.

Definido el objeto por la propia administración, se verificó que la compra era difícil, porque se trataba de una vacuna “huérfana”, es decir, cuyos costes de producción no son rentables a la industria farmacéutica. Así, tras conseguir la compra de 140.000 dosis y frente a la ausencia de oferta, el gobierno argentino decidió producir la medicina en laboratorio que sería creado. Ocurre que, por razones de presupuesto y de desidia administrativa, las instalaciones del laboratorio tardaban en ser concluidas, dejando sin tratamiento a una gran cantidad de personas. Así, una habitante de la región próxima al área ya afectada –afectada potencial – ingresó en juicio requiriendo que fuesen determinados plazos a la conclusión, con base en el derecho de exigir del Estado acciones concretas de prevención en materia de salud, entre otras normas constitucionales e internacionales.

Ante el caso concreto, el tribunal argentino acabó decidiendo que:

⁶¹³ ABRAMOVICH y COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. cit., p. 134.

⁶¹⁴ Como apunta Andreas J. KRELL: “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.” (cit., p. 22).

⁶¹⁵ Julgado no Amparo ley, 16.986, 2 de junio de 1998: *La ley, Sup. Constitucional, 5 de noviembre de 1998, por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV.*

[...] surge claramente de autos que el Estado Nacional, a través de su ministerio demandado ha asumido el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la Fiebre Hemorrágica Argentina. La cuestión a decidir radica entonces en determinar si la demanda ha cumplido puntualmente con sus obligaciones o si, por el contrario, ha incurrido en omisiones lesivas del derecho a la salud de la población potencialmente afectada por la mentada enfermedad.

ABRAMOVICH y COURTIS agregan a las razones del tribunal que “evaluando la prueba producida, la Cámara considera que las omisiones del Estado en la implementación del proceso de producción de la vacuna resultan violatorias al derecho a la salud. En consecuencia, decide dar lugar a la acción de amparo y ordenar al Estado Nacional que cumpla estrictamente y sin tardanza con el cronograma fijado a la construcción de la unidad de producción de la vacuna.”⁶¹⁶

Así, se verifica la amplia posibilidad de constatar omisiones desde casos concretos o de acuerdo con parámetros claros, que posibiliten al obligado probar una actuación en dirección a la concretización o a la imposibilidad de hacerlo. En este punto, cuanto más claros son los criterios de aferición de la omisión, más difícil será la utilización de excusas genéricas, tales como falta de recursos o la imposibilidad de alcanzar a todos la tutela. Como ya hemos visto, los derechos sociales prestacionales son derechos preferentemente de aquellos en situación de riesgo, por lo que, al menos para el análisis de su aplicabilidad directa, es ésta la prioridad que ha de ser conferida.

Además, hay en los casos concretos una amplia gama de parámetros a explorarse, que escapan a la posibilidad de regulación por una regla general.⁶¹⁷ Veamos que en el caso de las vacunas en Argentina, fue el propio obligado el que ha fijado el objeto de la prestación, así como la manera de su prestación. Al juzgador ha restado simplemente el análisis de la razonabilidad en el retraso de la ejecución de la medida. Serán, por tanto, las circunstancias del caso concreto –decurrentes tanto de la urgencia de la prestación como de las posibilidades de prestarlas–, que servirán como parámetros de la omisión, que deberán siempre ser esclarecidos por el intérprete para garantizar una lealtad a la acción procesal en la producción de la prueba. De ahí se puede extraer también la conclusión de que la aplicabilidad directa

⁶¹⁶ ABRAMOVICH y COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. cit., p. 149.

⁶¹⁷ Vide el punto específico sobre ponderación en el Capítulo III.

de los derechos sociales prestacionales es materia generalmente dependiente de prueba, que no se resuelve meramente con la invocación de norma jurídica.

Aún sobre el tema, se comprueba que la caracterización de la omisión administrativa ha sido adoptada como forma de respeto por parte de los tribunales a la preferencia legislativa en la regulación de las materias relativas a los derechos sociales prestacionales. En Brasil, cuyo Supremo Tribunal Federal adopta una posición de reconocimiento de la aplicabilidad a algunos derechos sociales prestacionales, resultó asentado por la corte constitucional, en varios juzgados, que en el caso de que haya regulación infraconstitucional de derecho social prestacional, la decisión del juicio *a quo* que aplica dichas normas no proporciona derecho a recurrir al Supremo Tribunal Federal para tratar materia constitucional. Aunque se trate de decisiones de cuño meramente formal –condiciones para recibimiento de Recurso Extraordinario⁶¹⁸ –, demuestra claramente la posición de la corte responsable por el juzgamiento final de materia constitucional en el ordenamiento brasileño en sentido de conferir preferencia a la acción del legislador, respetando las elecciones políticas que hace que no estén por debajo del mínimo exigible.⁶¹⁹

d. Reserva de lo posible

Sin duda, el problema del coste de los derechos sociales prestacionales es uno de los grandes puntos de dificultad a su aplicación. La necesidad de disposición de valores y prestaciones y la configuración de la obligación del Poder Público en

⁶¹⁸ Recurso para tratar de violación o interpretación de materia constitucional en Brasil; semejante al Amparo en el derecho español, desde que se considere que en Brasil vigora, también, un sistema difuso de control de constitucionalidad.

⁶¹⁹ En ese sentido: Recurso extraordinário. Pessoa carente portadora de doença de origem neurológica. Lei 9.908/93 do Estado do Rio Grande do Sul. - Esta Primeira Turma, ao julgar o RE 242.859, relativo a caso análogo ao presente que diz respeito a doença de origem neurológica, assim decidiu: "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS A AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido". Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 256327 / RS - RIO GRANDE DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 25/06/2002, Órgão Julgador: Primeira Turma). Também en esa línea: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. 2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida". 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 616551 / GO – GOIÁS, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 23/10/2007, Órgão Julgador: Segunda Turma).

disponer de ese presupuesto en determinado sentido han sido los grandes responsables por el no reconocimiento de algunos derechos fundamentales. Basado en eso, generalmente se presenta como barrera al reconocimiento de un derecho social prestacional el argumento presupuestario, según el que solo estaría disponible al Poder Público el dinero previamente destinado a los presupuestos, porque no habría posibilidades fácticas o jurídicas de cambiarlas.

Pero, aunque esté muy claro que el coste de efectución se revele mucho más evidente cuando tratamos de derechos prestacionales -pues involucra el alcance directo de bienes económicos -, rebaten los defensores de su aplicabilidad directa que todos los derechos, sea las clásicas libertades, sea los derechos sociales, implican costes. Como se afirma en la obra de HOLMES y SUSTEIN, cualquiera de las libertades clásicas implica costes al Estado, que debe proveer medios a su garantía, protección e implementación. Así, aunque el aspecto coste sea indispensable a la propia prestación de los derechos sociales prestacionales, no sería éste un obstáculo definitivo para denegarles aplicabilidad.⁶²⁰

En este argumento sobre el coste de los derechos sociales prestacionales, la doctrina de la *reserva de lo posible* adquiere gran relevancia en las discusiones que se traban. La reserva de lo posible nace en el derecho alemán (*Der Vorbehalt as Möglichen*), originándose de decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán según la que el reconocimiento de derechos subjetivos a la prestación material por el Estado está condicionado a la disponibilidad de recursos para eso.⁶²¹

Dicha doctrina ha sido objeto de críticas por los defensores de la aplicabilidad directa de los derechos prestacionales, porque suele ser utilizada como sinónimo de la necesidad de un presupuesto excedente o la existencia de hartos recursos a la realización de los derechos sociales prestacionales. Ante la inexistencia de sobras en el presupuesto –ya que el Estado social se caracteriza por la disputa incesante de recursos públicos– la aplicación de la reserva de lo posible en esos términos implica la paralización del comando de los derechos sociales, transformándolos en promesas en eterna espera de recursos.

⁶²⁰ HOLMES, Stephen y SUSTEIN, Cass R., *I costi dei diritti, Perché la libertà dipende dalle tasse*, [trad. Elisabetta Caglieri], Bologna: Il Mulino, 2000.

⁶²¹ Según Andreas KRELL en obra específica, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 52.

Pero si comprobamos el origen de la *reserva de lo posible*, se verifica que esa no puede ser reducida a una cuestión meramente de presupuesto, pues está relacionada con otros parámetros que son propios de los derechos sociales: las condiciones materiales del individuo en un caso concreto y las condiciones de la comunidad en la que está insertado. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán que creó la reserva de lo posible⁶²² trataba de demanda visando obligar el Estado a crear una plaza al autor en determinado curso superior de medicina. En el caso, el fundamento de la postulación estaba en su derecho constitucional de acceso a la educación y el número insuficiente de vacantes en dicho curso. Ante esas circunstancias, decidió el tribunal que los derechos a prestaciones positivas *“estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.”*⁶²³

Dicha decisión, por tanto, tiene relación con el aspecto económico. Pero este no es su aspecto principal, sino meramente secundario. Lo que el juzgado viene a consagrar es la característica de la solidaridad social como base de los derechos sociales prestacionales, que por eso solamente deben ser alcanzados a tutelar situaciones donde el titular se encuentra en un plan inferior al que gozan los demás miembros de la sociedad (por ejemplo, por ser portador de enfermedad y no tener recursos a su tratamiento), de forma que se justifique un socorro por parte del Estado con base en la solidaridad social.

Así, lo “exigible” y lo que “el individuo puede, de manera racional, esperar de la sociedad” cambia según el patrón social considerado. De esa manera, es cierto que el patrón social de Alemania cambia en relación con lo que sería exigible por parte de otro individuo en Brasil, por ejemplo.⁶²⁴ Es posible sostener que mientras en determinado país menos desarrollado la reserva de lo posible estaría limitada a la atención de prestaciones más básicas, en otro ordenamiento cuya realidad social revelase mejores condiciones materiales, las prestaciones sociales exigibles se podrían agrandar directamente.

⁶²² BverfGE n. 33, s. 333.

⁶²³ KRELL, Andreas J., cit., p.52.

⁶²⁴ Como pone KRELL: “Na base do acima exposto, fica claro que uma transferência mal refletida do conceito da “reserva do possível” e do entendimento dos direitos sociais como *mandados* (e não legítimos Direitos Fundamentais) constituiria “uma adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais” do país, que, “há muitas décadas, pode ser observada na elaboração judiciária brasileira”. (cit., p. 56)

Por tanto, lo que se pretende destacar con la reserva de lo posible no es su sentido de condicionar la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales a “cajeros llenos”, sino su fundamento para delimitar el derecho y su objeto de acuerdo con lo que sería razonablemente exigible por el ciudadano ante la sociedad en la que está. Constituye, de esa manera, un precioso instrumento para cohibir excesos y establecer un parámetro de delimitación a la definición del objeto a prestarse, como a la propia posibilidad de aplicación directa del derecho.

e. Políticas internacionales

Otra solución interesante para superar las barreras de aplicación que alcanzan los derechos sociales prestacionales es el uso de las reglas y regulaciones constantes tanto del desarrollo de precedentes en el derecho comparado, pero principalmente en las regulaciones constantes de los tratados internacionales. En este punto, se verifica que la complementación a las normas constitucionales que faltan en el ordenamiento interno están en la edición de tratados internacionales, cuya utilización supliría tanto la falta de regulación interna como el déficit político apuntado en las decisiones de los jueces en la concretización de normas de derechos sociales prestacionales. Sobre el tema se destaca el aclamado trabajo realizado por Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, quienes destacan la posibilidad de que las regulaciones internacionales suplan la omisión en la regulación interna que paraliza la aplicación de las normas de derechos sociales prestacionales.

Como sostienen y comprueban, el ordenamiento internacional es pródigo en ejemplos y discusiones sobre el sentido de normas y términos relativos a los derechos sociales prestacionales, que se pueden utilizar como preciosa fuente a la superación de las indeterminaciones propias de los derechos sociales prestacionales. Sin embargo, en los tratados hay manifestaciones expresas de obligaciones por parte de los Estados, lo que superaría tranquilamente la falta de legitimidad conferida a las decisiones judiciales, que nada más estarían haciendo que determinar el cumplimiento de obligaciones que el propio Estado se ha comprometido por acto voluntario.

Además, los ordenamientos constitucionales, en su mayoría, reconocen los tratados como importante fuente normativa convencional, equiparadas o mismo en

condición jerárquica superior a la ley.⁶²⁵ Así, constituyen fuentes reconocidas de los ordenamientos, incluso vinculantes del derecho interno, no sólo el contenido de los tratados internacionales de los que un Estado es signatario, sino también las decisiones de las Cortes instituidas por cada uno de esos tratados, cuya legitimidad está necesariamente reconocida por los Estados, por lo que sus decisiones también se deben considerar como fuente del derecho interno.

En el caso de la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales, principalmente cuando ausente una regulación administrativa interna de parte de los órganos competentes, los pactos internacionales de derechos humanos y las decisiones de órganos internacionales constituyen importantes medios de complementación de los espacios legislativos – hasta porque dotados de legitimidad y porque constituyen fuentes convencionales del derecho, satisfaciendo, por tanto, a los requisitos impuestos hasta mismo por aquellos que no reconocen aplicabilidad directa a los derechos sociales prestacionales.

4.2.2.3 Superación de problemas concretos

Además de una posición favorable a la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales, se hace necesaria también la superación de un par de obstáculos jurídicos y fácticos en el complejo y controvertido proceso de aplicación. Como se verifica en la doctrina, los derechos sociales prestacionales están generalmente clasificados en los ordenamientos no como derechos propiamente dichos, pero con la denominación de “normas programáticas”, “principios rectores”, etc. Eso ocurre a causa de una serie de factores ya examinados en el tópico anterior, de entre los que se destacan su formulación partiéndose de términos vagos y abiertos, la infinidad de posibilidad de prestación, la amplitud de su enunciado, los costes a su implantación, en fin, una porción de obstáculos a su concretización, que

⁶²⁵ Según observan: “En el derecho argentino, es un principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado que, una vez ratificados, los tratados internacionales se constituyen en fuente autónoma del ordenamiento jurídico interno. La Constitución argentina, reformada en 1994, resuelve definitivamente esta cuestión al otorgar rango constitucional a una serie de tratados de derechos humanos ratificados por el Estado. En efecto, el artículo 75 inc. 22 de la Constitución estipula en forma genérica que «los tratados [...] tienen jerarquía superior a las leyes», y en cuanto a los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina, incluyendo la CADH, el PIDESC y el PIDCP, establece que «tienen jerarquía constitucional». (*Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 71).

necesitarían la intermediación del legislador para transformarlos de promesas constitucionales en verdaderos derechos.

De acuerdo con lo tratado en relación con el tema, dichos problemas no asustan a la doctrina favorable a su aplicación directa, que entiende dichas dificultades como absolutamente transponibles en algunos casos, donde el bien jurídico a tutelarse es tan urgente que no se puede tolerar la actuación insuficiente o la omisión del legislador en la regulación de esas materias. Veamos, por tanto, algunas soluciones apuntadas por la doctrina y práctica jurídica a la superación de obstáculos importantes a la aplicabilidad directa de los principios de derechos sociales prestacionales.

a. Imprecisión terminológica

Mencionar que los derechos sociales prestacionales son generalmente vinculados partiéndose de principios y que, por eso, tendrían impedida su aplicación directa cuando ese tipo de norma no posibilita aplicación directa, ya que necesita una delimitación de objeto, no parece ser motivo suficiente para alejar los argumentos de la corriente que reivindica su aplicación directa.

Es cierto que, como sostiene la mayoría de la doctrina y la propia lógica interpretativa, la posibilidad de que esas normas generen derechos subjetivos inmediatamente exigibles está directamente relacionada con su forma de positivación. Así, cuanto mayor el sentido finalístico de la norma, menor será su posibilidad de aplicación directa. Cuanto más completa, a la medida que clarifica su objeto y modo de aplicación, mayor la posibilidad de aplicación directa. Esta, por ejemplo, es la lección de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, cuando defiende que la posición de los particulares será menos consistente cuando la norma constitucional exprese en su texto solamente una finalidad que ha de cumplirse por el Poder Público, sin la indicación de conductas específicas necesarias al alcance de este fin.⁶²⁶ Para esos autores, es la estructura-normativa de la norma la que va a definir su grado de aplicabilidad.

Pero, de acuerdo con lo tratado en el Capítulo III de esta investigación, el hecho de que una norma está vehiculada a través de un principio no impide que de ella se pueda extraer un derecho subjetivo individual. Si confrontamos las posiciones

⁶²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. in *Revista de Direito Público*, n. 57-58 (1981), p. 243.

relativas a las posibilidades normativas ya tratadas asociadas a las nuevas fuentes de derecho propuestas por teorías positivistas contemporáneas, que tratan de explicar la importante función ejercida por la jurisprudencia como fuente oficial del derecho, parece posible superar fácilmente el obstáculo impuesto por el modo de formulación de los enunciados normativos.

Incluso si consideramos ordenamientos como el español, donde está evidente la opción para denegar la aplicación directa a los derechos sociales prestacionales, verificamos que la presencia de norma de derecho social prestacional directamente aplicable (derechos fundamentales) no sigue la estructura clásica de regla en su enunciado normativo. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el reconocimiento del derecho de acceso a la educación básica como derecho fundamental. Cuando analizamos el texto del artículo 27.1 de la Constitución Española, se comprueba que éste no difiere, en la manera de elaboración del enunciado normativo, de los *principios rectores de la política social y económica* previstos en el capítulo tercero. La diferencia que se impone en relación con ellos no es de carácter terminológico, sino de las reglas contenidas en el artículo 53.

Sin embargo, como ya hemos dicho, imprecisiones terminológicas y la genericidad en los enunciados normativos pueden dificultar la actuación del intérprete, pero no alejarla definitivamente. Como sostiene el constitucionalismo contemporáneo, el desarrollo de los principios a través de la práctica judicial constituye importante fuente de derecho, así que el intérprete podrá construir sentido a determinadas normas, permitiendo que se establezcan parámetros de aplicación a normas que, *a priori*, no poseen todas las informaciones que caracterizan la estructura clásica de las reglas jurídicas, con un supuesto fáctico, un nexo deóntico y una consecuencia jurídica. Ello no implica que, por un acuerdo en la práctica judicial y, por lo tanto, el reconocimiento por fuentes oficiales, se puedan complementar y originar derechos subjetivos individuales.

Además, dentro de una concepción normativa de constitución como defendido por el constitucionalismo contemporáneo, denegar aplicabilidad *ad eternum* a una norma constitucional a causa de la omisión legislativa consistiría hacer la constitución rehén de la actividad legislativa. Como apunta SARLET

mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluidos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se

poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição.⁶²⁷

Ejemplo de dicha práctica se puede verificar en el análisis de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, en lo que se refiere a la concretización del derecho a la salud. Primeramente, el tribunal responsable por la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento brasileño ha adoptado con respecto a la norma que consagraba el derecho a la salud, de clara estructura de principio, una posición ortodoxa, manteniendo la interpretación fundamentada en la necesidad de intermediación legislativa a que dichas normas pudiesen generar derechos subjetivos individuales de exigir tratamientos o suministro de medicinas por parte del Estado. Pero, a causa de la omisión de las autoridades en el trato con la salud pública en Brasil, pasó a reconocer pretensiones subjetivas en casos concretos, determinando tanto el suministro de medicinas como el coste de tratamientos, incluso sin interferencia legislativa o a situaciones no alcanzadas por dichas medidas.

Como Corte Constitucional, se puede decir que ha ejercido y continúa ejerciendo intensa presión a los órganos ejecutivos y legislativos en el sentido de la mejora de las condiciones de prestaciones sanitarias en el país y en la creación de políticas públicas en el área. Así, ha abandonado la posición de “*mero espectador das mazelas nacionais*”⁶²⁸, utilizando la tutela individual como forma de presión a los órganos responsables por la tutela y desarrollo de la tutela sanitaria. Veamos aquí, que la decisión tiene cuño jurídico, pero también político, una vez que la Corte Constitucional ha entendido conferir tutela individual a los casos concretos como modo de presión en lugar de garantizar acciones afirmativas que le permiten la regulación general de la materia actuando como legislador positivo, así como ha permitido por las acciones constitucionales de la *Acción directa de inconstitucionalidad por omisión* y de la *Acción de descumplimiento de precepto constitucional fundamental*. Dicho planteamiento puede estar sujeto a críticas con respecto a su corrección y de los problemas que acarrea en su aplicación. Pero es

⁶²⁷ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 302.

⁶²⁸ Expresión de Ana Cristina Monteiro de Andrade e Silva.

innegable su efectividad, al menos en relación con los derechos sociales a los que se reconoce esa tutela, como el derecho a la salud y a la educación básica.⁶²⁹

b. Definición del objeto

Así como hay dificultades en la definición de la consecuencia jurídica a aplicarse cuando ante un principio que no la prevé, en el caso de los derechos sociales prestacionales se alega que otro problema fáctico absolutamente relevante está en la definición del objeto de la prestación, pues no resulta claro si puede o no ser exigible. Porque estamos ante derechos directamente relacionados con los límites materiales y unidos a la solidaridad social, es común que nos encontremos con intensas discusiones sobre cuánto de solidaridad se puede exigir de la sociedad, así como del hecho de destino de recursos a determinada área ciertamente importará en la retirada de recursos de otra área. A causa de ello, esos derechos serían mejor delimitados por el legislador que por el caso concreto.

Si ésta última afirmación es verdadera –y realmente parece serlo– rebaten los defensores de la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales que dicha asertiva sería aceptable en situaciones ideales, pero no ante necesidades extremas o de omisiones legislativas. En esos casos, es deber del intérprete

⁶²⁹ En este sentido: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE-AgR 271286 / RS - RIO GRANDE DO SUL, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 12/09/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma).

delimitar ese objeto, superando todas las dificultades que quizás se presenten. Como afirma SARLET:

O que importa, relativamente aos direitos sociais prestacionais, é a possibilidade (ou não) de se alcançar a definição de seu objeto, isto é, do conteúdo e alcance da prestação, através de mecanismos especificamente jurídicos, não se cogitando – se for este o caso – de uma ofensa ao princípio da separação dos Poderes.⁶³⁰

Así que son innumerable los patrones de definición del objeto. Ejemplo claro de esa posibilidad es la célebre decisión del Tribunal Constitucional Alemán, donde está acuñada la doctrina de la *reserva de lo posible*. En este caso, un ciudadano exigía que el Tribunal determinase la creación de más plazas en el curso de medicina, ya que pretendía frecuentar dicha carrera y no le estaban ofrecidas vacantes para ello. En el juicio, aunque reconocido el número reducido de vacantes y recomendándose a la Administración su aumento, entendió el Tribunal que ello no constituía prioridad a la hora de exigir a causa de la solidaridad social. Estaría, por tanto, fuera de la reserva de lo posible que, como se ha dicho antes, sería aquello que el ciudadano podría exigir de la solidaridad social en forma de prestaciones materiales que provienen de derechos sociales prestacionales.

Igualmente en el derecho brasileño, donde la jurisprudencia se ha caracterizado – en el primer momento de aplicación directa de normas de derecho social prestacional relativos a la salud y educación– por una absoluta falta de criterio, reconociendo pretensiones en la manera como han sido formuladas y así, tratando los derechos sociales prestacionales con la misma lógica de los derechos de libertad, se ha observado, gradualmente, un retroceso en ese procedimiento, donde el juzgador pasó a prestar mucha más la atención a los criterios de definición del objeto como integrantes del propio derecho pleiteado.⁶³¹

Resulta evidente que la necesidad de establecimiento de esa discusión ha transformado el Poder Judicial en un gran foro de discusiones sobre políticas públicas en el área de la salud, por ejemplo, lo que no constituye su función

⁶³⁰ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, cit., p. 305.

⁶³¹ Al lector español advertimos que debe siempre analizar la jurisprudencia constitucional brasileña considerando que Brasil adopta un sistema de control de la constitucionalidad muy amplio, actuando tanto en vía concentrada (normas en abstracto) como en vía difusa (partiéndose de casos concretos). Así, en éste último caso, cualquier juez puede conocer y pronunciarse respecto a materia constitucional, pero el alcance de su decisión estará restringida al caso concreto. La manera de unificación será el recurso extraordinario junto al Supremo Tribunal Constitucional. Es, por tanto, algo distinto de lo que ocurre en España, asemejándose, en éste punto, más al modelo estadounidense.

característica. Pero según argumentan los defensores de la aplicación de los derechos sociales prestacionales, ¿no sería mejor esa asunción de actividades por parte del Poder Judicial que reservarlo a la condición de mero espectador? Y más: ¿no sería más saludable a los propios derechos sociales prestacionales el establecimiento de esa discusión, que aplicarles la lógica de aplicación de los derechos clásicos de libertad? Pues considerándose la limitación de los recursos para costear dichas prestaciones, la discusión sobre los criterios de aplicación y definición de lo que es exigible por el ciudadano del Estado y de la sociedad constituyen puntos centrales de la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales. Actuar de otro modo significa privilegiar injustificadamente los que recurren al Poder Judicial, garantizándoles el derecho de consumir prioritariamente los recursos destinados a las políticas públicas. Además, mientras una definición de parámetros claros y razonables de parte de la decisión judicial constituye parámetro a la instauración de una política pública adecuada, el reconocimiento del derecho sin criterios tiene el efecto contrario: desalientan la creación de una política pública, pues esta nunca se aproximará de la panacea reconocida judicialmente.⁶³²

⁶³² En ese sentido citamos, por ejemplo, la decisión en pedido de anticipación de tutela proveniente del processo n. 008/1.08.0003432-3, de la Comarca de Canoas, Provincia de Rio Grande do Sul, Brasil, en caso donde la parte autora postulaba que fuera determinado al Estado el suministro de determinada medicina, *verbis*: “A autora pretende, na presente ação interposta contra o Estado do Rio Grande do Sul e Município de Canoas, que lhe seja entregue medicamentos para tratamento de problemas cardíacos da qual é portadora, pois não possui mais condições financeiras para arcar com os custos da aquisição dos medicamentos. Em que pese a dificuldade financeira relatada pela demandante, entendo deva ser realizado juízo de valor mais apurado no que diz respeito a ações de medicamentos. Deve-se estar presente a efetiva comprovação da necessidade do medicamento como única solução para tratamento da moléstia, porque nos casos em que não manifesta a urgência, a negativa da administração pública em fornecer o remédio pleiteado, na medida em que há falta no estoque ou por não constar da lista oficial do Ministério da Saúde medicamentos fornecidos pelos entes públicos, não enseja a priori sua negativa para com as políticas de saúde pública e bem estar social da população. Não comprovada a excepcionalidade do fornecimento do medicamento entre aqueles que o Estado do Rio Grande do Sul e Secretarias municipais classificam como usados com frequência e de forma contínua, e indispensáveis à vida do paciente, deverá a parte autora comprovar a urgência do tratamento mediante prova médica. A falta de recursos públicos obriga-nos a mensurar a necessidade dos medicamentos ditos excepcionais, os quais deveriam ser distribuídos àquelas pessoas que não possuem condições financeiras suficientes para adquirirem os medicamentos sem prejuízo do próprio sustento, não podendo o Magistrado furtar-se da difícil tarefa de avaliar e encontrar o equilíbrio entre o direito à saúde com o princípio da reserva do possível. É doloroso chegar à conclusão de que a busca de direitos, sem que existam meios materiais e financeiros disponíveis, para atendimento da pretensão da parte autora, poderá ocasionar o prejuízo maior de outras, mais urgentes e indispensáveis à manutenção da vida de outros pacientes. Não se furtando à apreciação das demandas legítimas das partes que interpõem e buscam seus direitos perante o Poder Judiciário, e de outro lado não ficando alienado às dificuldades financeiras do Estado, como um todo, e frente ao princípio republicano do direito de todos terem acesso aos meios necessários de tratamento médico a serem custeados pelo poder público, pois o serviço de saúde é obrigação do Estado dentro das possibilidades dos recursos públicos, os quais sabe-se são insuficientes, entendo que a falta de recursos financeiros dos entes públicos implica a aplicação do Princípio da reserva do possível no âmbito do Poder Judiciário, frente aos direitos e garantias fundamentais. Comprove a parte autora ser merecedora da Justiça Gratuita. Venham aos autos a declaração anual de isenta, no prazo de 10 dias, sob pena de recolhimento das custas processuais. Pelo exposto, indefiro a Antecipação de Tutela pleiteada pelos fundamentos acima exarados. Intimem-se. Nada manifestado, citem-se com as advertências

Basándose en eso, se puede comprobar en las posiciones del Supremo Tribunal Federal en materia de salud que, desde comienzos del reconocimiento de la aplicabilidad directa de prestaciones sanitarias, siempre fue requisito mencionado en las decisiones, la calidad de carente del postulante.⁶³³ Esta carencia, por supuesto, hay que analizarla en el caso concreto, considerando las posibilidades financieras de la persona en comparación con los costes del tratamiento que necesita. Aquí, más que una limitación en el objeto, hay una limitación en la propia titularidad. Solamente para fines de ejemplificación, citamos el resumen de decisión del Supremo Tribunal Federal en esa materia:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela

legais." Dicho precedente demuestra como se puede perfectamente deferir o indeferir tutela con criterios, a veces, superiores a lo exigido por la ley y, principalmente, que la tutela individual se debe amparar por amplia producción probatoria.

⁶³³ Esa posición está de acuerdo, por ejemplo, con la definición de derechos sociales como derechos fundamentados en la igualdad substancial, en la forma que define, por ejemplo, J.E. FARIA, cuando dice que "os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios." (J.E. FARIA. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 126-7).

coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.⁶³⁴

Por el análisis de la decisión, resulta fácil observar la aplicación de todos los fundamentos antes tratados, verificándose la posibilidad de una aplicación directa en relación con derechos sociales prestacionales. Sin embargo, es evidente que ocurre superar una serie de dificultades a que sea efectiva esta postura activa de los tribunales.

Primeramente, destacamos la intensa discusión en relación con el objeto de la prestación. En el área de la salud, son infinitos los progresos médicos, los intereses de laboratorios, las discusiones sobre efectividad o no de tratamientos, en fin, se abre un campo a discusión innumeradas veces más complejo que, por ejemplo, la efectuación del derecho a la educación. Así, se exige un intenso debate institucional que se ha de entablar entre órganos judiciales, legislativos y administrativos, debiendo existir respeto y consideración entre las decisiones tomadas en todos estos órganos del Estado como forma de evolucionar en la producción de políticas públicas, siempre teniendo como punto central el ciudadano hiposuficiente. Un reconocimiento de derechos fuera de lo razonable trae como consecuencia la debilidad de políticas públicas, mientras el cobro de acciones razonables genera el fortalecimiento de las políticas ya existentes aliada a la protección de los casos excepcionales que eventualmente puedan estar fuera de la cobertura (capacidad de previsión) de las políticas públicas existentes.

Actualmente, se puede decir que una vez consolidada la posibilidad de aplicabilidad directa de las normas de salud, crece la preocupación de los gobiernos con la protección de ese derecho. Incluso, se han transformado los tribunales en puntos de discusión sobre la adecuación y exigibilidad de tratamientos, involucrando

⁶³⁴ Decisión proveniente del Agravo de Instrumento en Recurso Extraordinario n. 3931755, juzgado el 12/12/2006.

discusiones sobre la posibilidad de elección de marca de la medicina en detrimento de la medicina ofrecida en la política pública, la exigibilidad de tratamientos alternativos o de eficacia no comprobada (a pacientes terminales), el interés procesal del paciente cuando hay el tratamiento pleiteado, la responsabilidad del Poder Público en los casos de falta de las medicinas conocidas, en fin, una serie de cuestiones involucrando el objeto de la prestación.

De esa intensa discusión institucional, lo mínimo que se puede decir es que gana la ciudadanía, desde que sea trabada con respeto a las instituciones. Aunque pudiera, en un primer momento, llevar el sistema público de salud al caos, lo que se ha observado es una sensibilización del Poder Judicial con los esfuerzos del Poder Público en la elaboración de políticas públicas más eficientes y un intento de respeto de las administraciones a los criterios definidos judicialmente. Mientras se entablen en un ambiente de respeto, esas discusiones consisten exactamente en el diálogo institucional propuesto por el modelo constitucionalista de separación de poderes descrito en el Capítulo II.

Veamos en relación con eso, que el Supremo Tribunal Federal confiere prioridad a los hechos legislativos que se ocupan de desarrollar derechos sociales prestacionales, complementando la norma constitucional a través de la elaboración de política pública. Así fue decidido, por ejemplo, en el juzgamiento del Recurso Extraordinario 256327/2002, donde la Corte Constitucional no recibió el recurso en contra de la interpretación de norma constitucional porque entendió que, habiéndose fundamentado la decisión también en la ley que instituía la política pública, no era caso de examen de la materia constitucional. Aunque consistiendo decisión formal de recibimiento de recurso extraordinario (cuando involucrada materia constitucional), la decisión es emblemática porque revela la prioridad de la regulación infraconstitucional sobre la aplicación directa, priorizando y prestigiando el hecho legislativo.⁶³⁵

⁶³⁵ Dicha decisión resultó así mentada: - Recurso extraordinario. Pessoa carente portadora de doença de origem neurológica. Lei 9.908/93 do Estado do Rio Grande do Sul. - Esta Primeira Turma, ao julgar o RE 242.859, relativo a caso análogo ao presente que diz respeito a doença de origem neurológica, assim decidiu: "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS A AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa

c. Derechos prioritarios

Todavía dentro de la línea de decisión que ha adoptado el Supremo Tribunal Federal, se observa que no todos los derechos sociales prestacionales permiten una aplicabilidad directa, sino solamente algunos, a causa de circunstancias particulares. Como se observa en los precedentes de la Corte Constitucional, solamente las pretensiones fundamentadas, primero, en el derecho a la educación y, posteriormente, en derecho a la salud, posibilitan dicha tutela. Así se comprueba porque la Corte Constitucional ha entendido que dichos bienes poseen mayor urgencia, siendo que la falta de las prestaciones adecuadas causa daños irreparables a la vida y a la dignidad de los ciudadanos que a ellos no tienen acceso.⁶³⁶ No es que la falta de otros no pueda generar ofensas a la dignidad, sino que ha entendido la Corte Constitucional que, ante recursos limitados, son éstos los bienes que hay que priorizar. Ejemplos de esa posición constituyen, por ejemplo, la posición del Supremo Tribunal en el enjuiciamiento de acciones directas de

aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido". Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 256327 / RS - RIO GRANDE DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 25/06/2002). Na mesma linha: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. 2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida". 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 616551 / GO - GOIÁS, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 23/10/2007)

⁶³⁶ Como apunta SARLET: "É, contudo, no âmbito do direito à saúde que talvez encontremos a maior gama de questionamentos, bem como a produção mais relevante na seara doutrinária e jurisprudencial, especialmente no que concerne à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos diretamente embasados na Constituição. Além disso, é nesta seara que os problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os casos em que a falta de prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito. Com efeito, não foi sem razão que, recentemente, houve até mesmo quem apontasse para a necessidade de escolhas "trágicas", especialmente (mas não exclusivamente) na esfera da saúde, tendo em conta o permanente conflito entre a inevitável escassez de recursos e o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais." (SARLET, *Eficácia...*, cit., p. 307). Y continúa al decir que: "Em que pese a inequívoca relevância das posições jurídico-fundamentais ora referida, é no âmbito do direito à saúde, igualmente integrante do sistema de proteção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito deste perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, precondição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível." (cit., p. 320).

inconstitucionalidad por omisión involucrando la insuficiencia del valor fijado al sueldo mínimo, o en los casos concretos envolviendo el derecho a la vivienda.⁶³⁷

Así, se puede notar la existencia de parámetros claros de aplicación directa de esos derechos sociales. Primero, reconociéndose esa aplicabilidad directa sólo a algunos derechos. En segundo lugar, a través de la definición progresiva de las condiciones de exigibilidad de prestaciones, que constituyen un diálogo incesante entre los Tribunales que reconocen y aplican dichos derechos y las políticas públicas existentes. Si muchas veces se diagnostican excesos en las decisiones tomadas desde casos concretos por los Tribunales, por otro lado hay que subrayar que muchas veces las propias políticas públicas –que tratan con recursos limitados– ofrecen un tratamiento por encima de los criterios exigidos por los Tribunales. Si consideramos la limitación de recursos, también podría importar en exceso de parte del Poder Legislativo.

Lo que nos importa en esta investigación, sin embargo, es la identificación de esos parámetros en una aplicación coherente de los derechos sociales prestacionales. Si se puede verificar que sólo los derechos en los que situaciones urgentes e irreversibles están reconocidos, también se puede utilizar dicho criterio a la definición de la prestación a ofrecer. Si los derechos sociales prestacionales son derechos a la “desigualdad” y que provienen de una situación de desigualdad fáctica, es natural que se pueda limitar su titularidad a las personas que no puedan alcanzar por medios propios los bienes que necesitan, en el caso, educación y acceso a la salud. Las demás no serían titulares de ese derecho, porque no son dependientes de la solidaridad social.

De igual modo, ya que queda claro que dichos derechos poseen su origen en la solidaridad social, este juicio sobre “lo que es exigible por parte del ciudadano de lo restante de la sociedad en la que está inserto” es un examen que siempre deberá

⁶³⁷ Sobre éste último, se verifica la clara posición en sentido de denegar su aplicabilidad directa en el precedente del Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À PENHORA. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE. LEI Nº 8.009/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 8.245/91. O inc. VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90, introduzido pela Lei nº 8.245/91, veda a alegação de impenhorabilidade do bem de família em processo movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26/2000. DIREITO À MORADIA. INSERÇÃO NOS DIREITOS SOCIAIS. NORMA PROGRAMÁTICA. A mera inclusão da moradia entre os chamados direitos sociais não tem o efeito de convertê-los em direito individual, alcançando os locadores particulares e impedindo-os de executar seus créditos locatícios com a penhora do imóvel residencial do fiador. PRECEDENTES DO STF. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.. (Apelação Cível Nº 70023461585, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 30/04/2008)

pautar la actividad del intérprete. Así, la inexistencia de parámetros alardeada por los que son en contra de la aplicación de los derechos sociales prestacionales está confrontada por la consideración de la jurisprudencia como importante fuente de derecho no legislativa. De igual modo que una ley definiría las condiciones de aplicabilidad de dichos derechos, se puede extraer condiciones de aplicabilidad de la forma desde el análisis de los criterios usados por los Tribunales de la misma manera.

Dicha postura, sin embargo, implica en consideración de los argumentos constitucionalistas que tratamos en los Capítulos I, II y III de ésta investigación, que demuestran el cambio de un modelo de ley como única fuente del derecho, la crisis en las nociones tradicionales de voluntad general y separación de poderes, así como la revolución normativa traída por la consideración de los principios como verdaderas normas jurídicas en lugar de meros adornos constitucionales. Como aquí se muestra, toda esa doctrina es complementaria, reuniéndose en un mismo argumento cuando tratamos de la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales. A causa de ello se puede afirmar que el constitucionalismo contemporáneo permite a los defensores de la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales un nuevo aliento en la discusión doctrinaria trabada con aquellos que se ponen en contra.

Pero lo que se demuestra es que, ante la existencia de argumentos jurídicos hacia un lado y hacia otro, lo que va a definir esa aplicabilidad no será la mera lógica jurídica, sino un sencillo argumento político que sería utilizado por las Cortes Constitucionales.

d. Dificultad de ejecución de las medidas

De nada sirve recorrer ese largo y accidentado camino en la búsqueda de la superación de las barreras de aplicación de los derechos sociales prestacionales si no está posibilitada a las partes una garantía de ejecución de las medidas deferidas en el proceso. A menudo se argumenta que, tras haber andado todo ese camino, la decisión tropieza en la falta de posibilidades del Poder Judicial en imponer su decisión a los Poderes Ejecutivo o Legislativo, por la más absoluta falta de medios coercitivos para ello. Como apuntan ABRAMOVICH y COURTIS, dicho argumento es excesivamente genérico, para no decir equivocado:

Decir de la imposibilidad de hecho de ejecución de una sentencia judicial privaría de sentido a un reclamo de derecho llevaría a consecuencias calamitosas. Nadie sostendría seriamente que los reclamos judiciales patrimoniales carecen de sentido dado que resulta imposible ejecutar una sentencia contra deudores insolventes. Al menos en la tradición jurídica administrativa continental, *toda* sentencia contra el Estado tiene carácter declarativo y carece de ejecutividad, y sin embargo ello no ha llevado a nadie a sostener que toda acción de reclamo patrimonial contra el Estado carece de sentido.⁶³⁸

Como hemos mostrado en el Capítulo I de esta investigación, la sentencia que no posea eficacia no es una sentencia que se la pueda considerar totalmente jurídica. De igual modo, cuando afirmamos sobre la necesidad de respeto mutuo a las funciones institucionales de los Poderes, no se considera admisible el incumplimiento de determinaciones de órdenes judiciales, por más absurdas que sean, principalmente de parte de los Poderes Públicos.

A causa de ello es que tanto se critica a las órdenes consideradas irrazonables o inejecutables provenientes del Poder Judicial brasileño – principalmente en el periodo que marcó los comienzos de la aplicabilidad directa de los derechos prestacionales – en sentido de cumplir obligaciones imposibles o en plazos no razonables. Eso ocurría porque era examinado por los juzgadores - aún sin preparación a dicha jurisdicción – solamente el carácter normativo de los pedidos, sin que se atentase a aspectos prácticos, burocráticos y principalmente, probatorios, es decir, con un análisis esmerado de las circunstancias del caso concreto.⁶³⁹

La mayor de las dificultades de efectuación de derechos sociales prestacionales se refiere al hecho de que, si consideramos que solamente las situaciones de riesgo social podrían intentar prestaciones materiales directa e inmediatamente exigibles por el ciudadano basadas en la norma constitucional, hay que reconocerse que el juicio probatorio inicial generalmente será un juicio sumario. Aunque dichas acciones deben ser objeto de prueba en cuanto a los requisitos entendidos como necesarios por el intérprete, ante la gravedad del bien involucrado, como por ejemplo en los casos de derecho a la salud o educación, se impone una

⁶³⁸ ABRAMOVICH y COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. cit., p. 136.

⁶³⁹ En ese punto, relatamos, por ejemplo, sentencias que no hacían distinción sobre proveer medicina extranjera – que necesitaba importación - y medicina nacional; considerando el plazo de suministro para ambos como el de 48 horas. ¿Cómo podría la Administración Pública, con toda la burocracia que le debe ser inherente, importar medicina y proveerlo en 48 horas? Sin embargo, se verifican también barreras jurídicas de suministro, como la determinación de adquisición de medicina no aprobada o hasta ilícita. ¿Cómo puede la Administración adquirir dichas medicinas? Así, cuanto más difíciles sean las barreras a la ejecución, más detallada debe ser la orden judicial.

actuación rápida y efectiva, que muchas veces no es compatible con las garantías procesales, moramente en procesos complejos como estos.⁶⁴⁰ Si ya era grave su aplicabilidad en el sentido probatorio, más grave se hace ante la urgencia de la prestación material.

Además de la urgencia caracterizada, se hace necesaria la preocupación del intérprete con formas de coacción del Estado en el suministro de dichos bienes. De la eficacia de las medidas jurídicamente determinadas depende esencialmente no sólo la realización de dichos derechos, pero la propia posibilidad de determinarse por el Poder Judicial el suministro de bien material directamente con base en la constitución. Como claramente ha sido demostrado por HART, el derecho que no tiene eficacia no es derecho. A causa de eso la necesidad de que el intérprete esté atento a la razonabilidad de su determinación, así como de indicar condiciones compatibles con la realización de las prestaciones que ha determinado.

En el caso de Brasil, ante la dificultad de hacer valer la orden judicial de prestación de medicinas, que chocaba en el argumento de la falta de recursos de la Administración, primeramente los jueces buscaron la imposición de multas como formas de coacción al Poder Público. Dichas multas tenían como origen el derecho procesal civil, que hace algún tiempo ya lo estaban utilizando las *astreintes* del derecho italiano en la coacción a la parte a cumplir obligación de hacer o de dar. Pero, gradualmente se ha verificado la inadecuación de dicho medio coercitivo, porque la imposición de multa no cumplía la finalidad de constreñir el administrador – ya que la multa era suportada por la colectividad– así como en muchos casos servía para enriquecer sin justa causa al autor de la acción.

En el caso del derecho a la educación, la solución consistía en asegurarle al autor, a falta de vacante en escuela pública, una vacante en escuela particular. En

⁶⁴⁰ En ese sentido la observación de ABRAMOVICH y COURTIS: “Una segunda cuestión que debe considerarse, conjunta o alternativamente, es la gravedad e irreversibilidad de la lesión que pende sobre el bien jurídico tutelado de mantenerse la omisión ilícita. Especial consideración merece en este supuesto la protección de bienes tales como la salud, de cuyo goce depende el ejercicio de casi todos los demás derechos. Algunos otros factores multiplican aún más la presión para que el Poder Judicial decida: los tribunales han sido particularmente sensibles a los reclamos judiciales cuando se pone en juego la salud de personas vulnerables tales como niños, mujeres embarazadas o víctimas de graves accidentes o enfermedades. En muchos de estos casos, las necesidades de tutela urgente – y las características de las acciones judiciales que se emplean para reclamar la protección judicial – postergan a aquellas objeciones basadas sobre la mayor exigencia probatoria o complejidad técnica de la cuestión. Al tratarse de acciones cautelares, el estándar probatorio adoptado por los tribunales se limita a verificar la verosimilitud del derecho y de la irreversibilidad de las consecuencias que se producirían de mantenerse la omisión ilícita. Con ello resultan momentáneamente superadas algunas de las objeciones «políticas» o «técnicas» que plantearía un caso en el que, por no darse un supuesto de urgencia, los efectos de la mayor discrecionalidad estatal resultarían más difícilmente ponderables judicialmente.” (ABRAMOVICH y COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles.*, cit., p. 137/138).

este caso, la ejecución estaba a cargo de la escuela en la que se matriculaba al alumno, que podría ejecutar el título judicial ante la Administración. En ese caso, no habría el peligro de la tardanza, pues el retraso en el pago era suportado por la escuela privada. La prestación objeto de la acción estaba garantizada, no habiendo peligro al autor de quedarse sin educación y a la tutela de no ser efectiva.

Con el paso del tiempo, fue importada por la Justicia del Trabajo la forma de garantizar la efectividad de medidas urgentes en la tutela del derecho a la salud, que no podría esperar *ad eternum* el cumplimiento de la medida de parte del Poder Público. Así, en casos de reiterado incumplimiento de la orden judicial, comenzaron los jueces a determinar bloqueos de las cuentas públicas, permitiendo que la medicina pleiteada fuese adquirida en establecimientos privados, debiendo la parte beneficiada prestar cuentas sobre el uso del dinero. Se verifica que dicha medida, de extrema gravedad, se acabó confirmando por el Supremo Tribunal Federal como medida legítima, porque causa menos perjuicios al erario que la imposición de multa y posibilita mayor eficacia de las decisiones judiciales, constituyendo instrumento de coacción más bien efectivo.⁶⁴¹

Así, de la misma manera que se reconoce la solidez y la pertinencia de los argumentos en contra de la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales, también se puede decir lo mismo de los argumentos a favor de su aplicación. Resulta evidente que esta segunda corriente demanda un esfuerzo político de los tribunales en asumir tarea que originariamente no les corresponde, pero que dependerá mucho de su voluntad de ejercer presión a la efectuación de los derechos sociales prestacionales o de asumir una posición de mero espectador. Lo que se ha observado, y a ese punto volveremos en nuestras conclusiones finales, es que esa voluntad política de los tribunales está directamente relacionada con el grado de cumplimiento por parte de los países que hacen parte, mucho más que por razones jurídicas o de legitimidad.

⁶⁴¹ En este sentido: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. (AI-AgR 597182 / RS - RIO GRANDE DO SUL, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 10/10/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma).

4.3 DSP Y CAPÍTULOS

Vistos los argumentos en contra y a favor de la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales provenientes de algunos ordenamientos utilizados como parámetro de comparación, se hace imprescindible el análisis de esas posiciones opuestas partiéndose de lo que fue hasta ahora abordado en los tres primeros capítulos de este estudio, es decir, confrontar esos argumentos tan distintos a partir de las bases teóricas del constitucionalismo contemporáneo. Con esto, entendemos sea posible aclarar muchas de las dudas y divergencias en lo tratado en tan controvertida materia.

4.3.1 Derechos sociales prestacionales y la Teoría General del Derecho

A partir del proceso de secularización del derecho natural, se crea a la teoría del derecho un problema de justificar el origen de ese derecho, ya que no podría nunca contar con una fuente divina. De este momento en adelante, se altera el eje de las fuentes religiosas del derecho natural para centrarse en la razón humana. Los derechos naturales tendrán, a partir de esa concepción, como único fundamento el hombre, por su simple condición de ser humano, siendo que la revelación del derecho natural debe obedecer estrictamente a criterios racionales producidos por ese mismo hombre. A causa de haber mantenido la característica de superioridad del derecho natural sobre los demás derechos (el positivo, por ejemplo) se puede afirmar que en esa concepción secularizada se busca la eliminación del elemento *voluntad* – sea ella política o divina – en la definición de los derechos naturales.

Ahora bien, en relación con esos derechos que condicionaban a todo el derecho común, el elemento definidor de su carácter superior será la condición de esenciales a la condición humana, acompañados de la razón en su aplicación. Se podría afirmar en relación con esos derechos que: a) no era cualquier derecho que podría elevarse a la condición de derecho natural, sino solamente derechos considerados como directamente relacionados con la condición humana; b) el derecho natural, por su posición de jerarquía, condicionaba materialmente al

derecho común, es decir, derechos creados por la voluntad, sea democrática, sea del soberano.

Así, es importante la contribución de esa noción de derechos superiores de contenido material vinculante de los demás derechos, que están relacionados a bienes básicos a la esencia humana, y que no están sujetos a disposiciones políticas. Dichas características, provenientes ya del iusnaturalismo secular, acaban influenciando de forma definitiva gran parte de las bases neoconstitucionalistas, principalmente en la tarea de combatir el formalismo positivista, que tenía en la voluntad política el fundamento de todo el derecho.

Otra importante contribución iusnaturalista al neoconstitucionalismo consiste en la solución conferida al problema de origen de las normas del derecho natural. A partir de la pérdida del *origen divino* que caracterizaba su concepción teológica, el iusnaturalismo racionalista ha tenido que explicar los fundamentos para seguir el derecho natural partiendo de hechos humanos. Uno de los orígenes buscados fue la fundamentación del derecho natural en el contrato social, que condicionaría la cesión de soberanía por el individuo al respeto a derechos básicos, sintetizados en el derecho natural. Así, esos derechos continuarían siendo anteriores al Estado y sus instituciones, por lo que serían derechos indisponibles por el poder estatal, fuese legislativo, ejecutivo o judicial.⁶⁴²

⁶⁴² El cese de toda asociación política (sea el Estado o cualquier otra) no puede ser otro que no la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles. La contribución de esta nueva concepción iusnaturalista racional es imprescindible a la doctrina moderna de los derechos fundamentales. Como apunta C. MASSINI es posible atribuir a esta concepción racionalista de los derechos naturales el concepto “de la moderna noción de derechos humanos: de modo coherente con la exaltación de un sujeto dador de sentido y dotado de autonomía «fuerte» o absoluta” y que conciben algunos derechos ligados a esta autonomía como “prerrogativas inherentes al sujeto, previas a su vida social y sin fundamento trascendente alguno. La única justificación racional que puede darse en esta perspectiva a los derechos humanos, radica en la «santidad» (Kant) que corresponde a la persona humana en virtud de su autonomía y de su racionalidad.” (MASSINI, Carlos. *La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno*. Madrid: DOXA, n. 21, vol. II, 1998, p. 292). En la misma dirección está la opinión de J. LORCA NAVARRETE cuando dice que “el término derechos naturales, en tanto que se trata de derechos que encuentran su fundamento en la naturaleza humana, como ha puesto de manifiesto entre nosotros una larga tradición jurídica, que ha visto en la naturaleza humana la piedra angular sobre la que deben estructurarse estos derechos humanos, que por esta razón escapan al poder creador de los respectivos órganos políticos, que se encuentran sujetos en su actuación – posiblemente arbitraria – a su respecto, efectividad y garantía.” (*Temas de teoría y filosofía del derecho: el derecho como orden y sistema general de garantías*. Madrid: Pirámide, p. 400-401). Estos derechos, necesarios a la existencia digna del hombre se fundamentan en su propia autonomía ética, actuando como presupuesto mínimo a la propia vida, es decir, son anteriores a la sociedad y por tanto, al Estado. En la síntesis de G. PECES-BARBA, según la concepción iusnaturalista moderna, derechos naturales son “derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente previos al Estado y al Derecho positivo. Son producto de la razón y descubribles en la naturaleza humana. Tienen un carácter abstracto, afectan al ser humano genérico y al ciudadano y parten de la superioridad del Derecho natural sobre el positivo. Al deducirse de un sistema jurídico, natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles, con lo que la evolución de la sociedad en la historia no es tenida en cuenta en su configuración.” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Lecciones de Derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 51).

A causa de eso, no son pocos los casos en los que la aplicación de los derechos sociales prestacionales se confunde con la utilización de criterios morales en la aplicación del derecho, de manera que muchos autores, en el afán de defender su aplicabilidad, se acaban tirando a concepciones antipositivistas. Como apunta Teresa GIMÉNEZ: “Los intentos actuales de Justicia Procedimental, como las propuestas contenidas en las aportaciones de Robert Alexy, John Rawls, Ronald Dworkin, o Santiago Nino, ponen su acento en las condiciones que van a posibilitar el discurso moral en que consiste el procedimiento argumentativo.”⁶⁴³

Pero lo que llama la atención en relación con estas teorías - todas de gran penetración en ámbito jurídico -, es la inclusión de criterios morales como esenciales al derecho, lo que vendría a determinar la superación de la tesis de la separación necesaria defendida por el positivismo jurídico. En otras palabras: la corrección moral sería hecho determinante a la definición de lo jurídico, algo que, si en un primer momento puede parecer correcto o deseable, causa serios problemas operacionales, de autoridad y de efectividad al derecho, debilitándole en características esenciales, tales como la eficacia y la certeza sobre su contenido. Sin embargo, en el campo de la teoría del derecho las posiciones en el sentido de que el sistema jurídico estaría, a partir de esos derechos, inexorablemente dependiente de criterios morales, dejan una buena parte de las preguntas sin una respuesta satisfactoria.

La cuestión es que, cuando tratamos de derechos sociales –derechos que tienen fuerte apoyo en padrones éticos y de justicia, como la dignidad humana, igualdad material, justicia social, etc.– al mismo tiempo que observamos una serie de problemas a su aplicación; tenemos que las tesis antipositivistas se hacen muy atractivas porque permiten superar problemas teóricos por la realización de valores de gran apelación moral. Si consideramos los criterios de identificación del derecho, tenemos que en términos de una teoría argumentativa, la apelación a criterios morales o de justicia constituyen importantes instrumentos a la construcción de un discurso argumentativo y crítico de los sistemas jurídicos. Pero si analizamos dicha posición partiéndose de la teoría del derecho, se verifican algunas deficiencias de cuño descriptivo, como por ejemplo, en lo que se refiere al deber de cumplimiento de

⁶⁴³ Teresa GIMÉNEZ, cit., p. 50.

sentencias injustas y, principalmente sobre la identificación de lo jurídico. Si el derecho depende de la moral, ¿quién es el juez de justicia de una sentencia?

Si se puede considerar que existe una incompatibilidad entre las proposiciones neoconstitucionalistas y la doctrina positivista, cuando consideramos el positivismo ideológico o clásico, entendemos que ésta no ocurre en relación con las versiones más actuales del positivismo jurídico.⁶⁴⁴ Como hemos tenido la oportunidad de tratar, el gran mérito positivista ha sido el de crear una ciencia del derecho basada en criterios analíticos. Aunque en sus principios - en el intento de combatir el modelo iusnaturalista y justificar el modelo legislativo de Estado -, el positivismo haya sido pautado por un fuerte contenido ideológico, su desarrollo es responsable por la creación de una *teoría del derecho* que se propone a describir los sistemas jurídicos, no importando la manera que se portasen. Dicho hecho está muchas veces desconsiderado por los críticos antipositivistas, que se valen de la descripción de un modelo jurídico practicado antaño, atribuyéndole al positivismo la defensa de ideas propias de un modelo ideológico de sociedad y de derecho, que eran tan sólo descriptos por el positivismo. La gran importancia del positivismo no está en los modelos que describía, sino en la inauguración de una postura descriptiva y analítica del derecho objetivando explicar su funcionamiento, lo que ha

⁶⁴⁴ Esa incompatibilidad la resume BARRANCO AVILÉS cuando afirma que: "Como decía, el concepto de Derecho elaborado por las teorías positivistas aparece cuestionado desde que se constata que las normas constitucionales poseen una 'especial naturaleza'; el ejemplo que suele aducirse es precisamente el de los derechos fundamentales. La teoría alternativa al positivismo desde la que se aborde el estudio de los derechos condiciona su interpretación y, por tanto, su alcance; aun cuando es un rasgo definitorio de nuestra cultura jurídica concebir el sistema de los derechos fundamentales como un 'orden de valores'. Por ello cabe afirmar que el problema de la 'naturaleza' de aquellos forma parte del problema de la interpretación que, a su vez, se sitúa en el problema más amplio de la interpretación de la 'parte material' de la Constitución que se produce cuando ésta empieza a considerarse jurídicamente vinculante y que se agudiza cuando en ella se contienen términos como 'libertad', 'igualdad' y 'justicia'. En parte como consecuencia de lo anterior, en la Teoría del Derecho se produce la contraposición entre 'constitucionalismo' y 'positivismo'. Se habla de Estado Constitucional como modelo superador del Estado de Derecho en el que el principio de legalidad es sustituido por el 'principio de constitucionalidad'. Dado que se atribuye a las normas constitucionales un carácter 'diferente' al de las normas legales, 'si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y la justicia son prevalentemente principios...distinguir los principios y las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución y la ley'. El carácter principal que Zagrebelsky considera atributo inseparable de las normas auténticamente constitucionales, se utiliza para poner en cuestión la utilidad del positivismo jurídico como método de aproximación al Derecho. Un análisis detenido de las distintas propuestas sobre la interpretación constitucional excedería el objeto de este trabajo; sin embargo, sí conviene señalar que éstas se mueven entre aquéllas que consideran apto el 'método jurídico tradicional' y aquéllas para las que la interpretación de la Constitución es una cuestión de naturaleza política, otras posiciones son las que consideran que la interpretación constitucional no puede someterse a los cánones del método clásico e idean distintas categorías que limiten la libertad del intérprete, desde ellas se mantiene que la polémica se produce - sólo en parte - porque las normas 'materiales' constitucionales no se adaptan al modelo también 'clásico' de reglas." (Barranco Avilés. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* p. 134-135-136)

posibilitado el desarrollo científico del derecho, así como la inauguración de la teoría general del derecho, ciencia libre de cualquier componente ideológico o impositivo.

Dentro de esa línea, tenemos que la teoría positivista supone un gran avance desde HART (quizás más que con KELSEN), con la teoría del derecho basada en el hecho social. Desde entonces, se hace posible un análisis del derecho a través de la práctica jurídica. En la concepción hartiana, el derecho no deja de estar identificado con sus fuentes oficiales, que puede ser la ley, pero también admite el precedente u otras fuentes consagradas por los ordenamientos e incorporadas en la regla de reconocimiento. Si la práctica jurídica decide seguir los comandos normativos de la ley de manera mecánica y autómeta, ésta será una opción válida por la práctica jurídica, así como un criterio legítimo de solución de los conflictos. De igual manera, el hecho de conferirles o no aplicabilidad directa a principios constitucionales consistirá una cuestión de opción de cada ordenamiento jurídico, partiendo de sus criterios de formación. Por tanto, dependerá de una cuestión de cultura jurídica.

Pero nada impide que los sistemas identifiquen otras fuentes al derecho como la práctica jurídica, o incluso la adopción de una postura más activa en relación con el desarrollo de normas constitucionales, con la priorización del carácter normativo de los principios jurídicos o por la aplicabilidad directa de derechos fundamentales formulados a partir de estructuras más abiertas y genéricas. En estos casos, la conformación de los derechos no está restringida o dependiente de la opción política del legislador, pues hay otros canales de discusión en la formación y aplicación de los derechos. Esa práctica seguramente puede ser criticada por la legitimidad de los juzgadores a la toma de decisiones consideradas políticas. Pero este hecho no le quita la juridicidad, pues continua siendo la práctica jurídica reveladora de los criterios de reconocimiento de lo jurídico. Si es la práctica judicial la base empírica que usa el teórico del derecho, éste estará obligado a reconocerla como fuente del derecho.

Así, la concepción de derecho como hecho social puede estar sujeta a una porción de críticas de orden moral, política, ideológica, etc. Pero no se puede negar que la teoría parte de sólida base empírica – la práctica jurídica– que permite eliminar de la teoría del derecho cualquier aspecto especulativo o ideológico, comprobando y probando afirmaciones de las teorías jurídicas que se proponen a explicar el fenómeno jurídico.

Teniendo asentadas esas premisas, si consideramos que el mayor objetivo positivista era el de construir una teoría del derecho partiéndose de padrones científicos y, por tanto, analíticos y descriptivos, libres de cualquier especulación ideológica, la teoría del derecho como hecho social constituye un gran avance, incluso incorporando criterios compatibles como el sistema del *common law*. Sin embargo, dicha teoría resuelve el problema de la falta de eficacia de una norma válida o de la falta de validez de una norma eficaz – para las que KELSEN no ha sido capaz de ofrecer una solución coherente. En ese caso, validez y eficacia constituyen una doble vía, que complementa el concepto de derecho. La validez explica el derecho desde arriba hacia abajo, mientras la eficacia desde abajo hacia arriba. Solamente una norma que pase por ambas pruebas se la puede considerar como verdaderamente jurídica – siempre considerando la posibilidad de que la norma eficaz altere los criterios de la regla de reconocimiento. Basada en eso, la afirmación hecha en el Capítulo I de que:

A partir do reconhecimento desse caráter incompleto do direito, a interpretação assume papel mais destacado. No entanto, não se deixa de reconhecer que os meios para solução dos conflitos de significado sobre conteúdos das normas jurídicas podem ser resolvidos juridicamente de duas formas. O primeiro através da legislação, o qual determina que é o legislador o responsável pela especificação de condutas definidas em outras leis em que há determinada margem de imprecisão. O segundo é o que se dá através dos precedentes, os quais estabelecem como são interpretadas as normas estabelecidas, assim como definem os critérios de reconhecimento. Ambos constituem fontes de direito dotadas de competência conferida pela regra de reconhecimento e, portanto, com autoridade. A opção de preferência entre uma e outra dependerá das práticas legislativa e judicial em um determinado sistema jurídico. No entanto, ambas as formas sempre estarão presentes, pois por mais que em um sistema se queira eliminar a atividade de criação judicial deverá ser considerado que a imprecisão é consequência da linguagem geral e abstrata que deve ter a lei. É, portanto, impossível prever antecipadamente todas as situações possíveis reguladas pela norma e as imprecisões de sentido que podem gerar.

Por fin, con HART el positivismo incorpora al estudio del derecho toda la complejidad de la ciencia lingüística. Desde la consideración de que el derecho es una ciencia que hace uso del lenguaje, es imprescindible la consideración de problemas lingüísticos a su correcto estudio y análisis. La asociación del lenguaje a criterios de juridicidad será fundamental, más adelante, para la construcción de teorías positivistas que ofrezcan una explicación coherente al derecho, sin la

necesidad de abandonarse la tesis de la separación necesaria entre derecho y moral.

La conjugación de la prueba empírica a especulaciones sobre el contenido del derecho aportado por la concepción del derecho como práctica social, combinada a la incorporación de la ciencia lingüística al estudio del derecho, posibilita una serie de respuestas a las principales críticas antipositivistas a un positivismo que, utilizando la expresión de Luis PRIETO, nadie más defiende. Basados en esos dos criterios, podemos explicar la presencia de normas de estructura abierta, con contenidos vagos, ubicadas en la cumbre de los ordenamientos jurídicos y - más importante -, generalmente relacionadas con contenidos morales. Este es el caso, por ejemplo, de los derechos fundamentales, valores y principios jurídicos constitucionalmente previstos.

Así ocurre, porque dicha perspectiva exclusivamente analítica del derecho, en lugar de denegar la posibilidad de que términos indeterminados puedan afectar la seguridad y la función epistémica de los sistemas jurídicos, deja que los propios sistemas se encarguen de solucionar dichas cuestiones como lo entiendan más conveniente. La adopción de esa postura descriptiva permite considerar que, aunque un sistema jurídico pueda prever en la cumbre de su estructura normativa un valor con correspondencia en una norma moral por criterios de posibilidad de variación lingüística, ni siempre ése término tendrá, en derecho, la misma significación que posee si consideramos la filosofía u otra ciencia que practique normas morales.

Esto permite comprender los motivos por los que, por ejemplo, aunque dos ordenamientos establezcan una idéntica norma que consagre la dignidad humana como valor fundamental de su ordenamiento jurídico, en uno de ellos dicha norma puede condicionar una decisión política y en otro no. Sin embargo, permite explicar los motivos por los que el mismo signo *dignidad* puede adoptar una significación en el ordenamiento "X" y otro en el ordenamiento "Y". Así, presenta una explicación coherente a problemas de significación – que no raro son confundidos con un problema de eficacia. Cuando hay la presencia de términos abiertos, los sistemas jurídicos pueden construir significaciones propias a estos términos. Como la construcción del derecho depende de la práctica jurídica y está sujeta a problemas de lenguaje que permiten una serie de interpretaciones posibles a un mismo término, lo que va a definir la *significación jurídica* de un término abierto será la práctica

jurídica y los criterios de formación del propio derecho, como la autoridad o la convergencia. Lógico que la filosofía y la moral jueguen un importante papel en el proceso argumentativo de atribución de ese sentido, pero no es el *mejor sentido filosófico o racional* el que determinará la significación jurídica de un término.

Con eso se libran los sistemas jurídicos y, en consecuencia, el derecho, de la dependencia de la moral, permitiendo al positivismo que continúe sosteniendo la *tesis de la separación*, que sería mejor conceptuada como *tesis de la no conexión necesaria* entre derecho y moral.

Además, la posibilidad de construcción de sentido y de especificación de esos contenidos abiertos dentro de los sistemas jurídicos permite que, en los casos de indeterminación, los sistemas jurídicos puedan crear mecanismos de atribución gradual de sentido a dichos términos, permitiendo que sean definidas las conductas que se esperan de la norma. Si esa conducta exigida no permite una definición *a priori*, está definida poco a poco por la interpretación, por la legislación o por la acción administrativa, permitiendo al derecho la realización de su *función epistémica*.

Todos esos avances probados por la teoría positivista – repetimos, principalmente partiéndose de la influencia de la doctrina de HART, del realismo escandinavo y de sistemas del *common law* – nos permiten sostener que el positivismo jurídico constituye sí, una ciencia apta para explicar todas las reformulaciones al derecho pretendidas por el neoconstitucionalismo. Incluso, su carácter teórico y descriptivo es responsable por cuestionar constantemente la coherencia de las decisiones dentro de un sistema, impidiendo que teorías morales libren al intérprete de cualquier parámetro de autoridad que es esencial a la existencia y funcionamiento de un sistema jurídico. Así, nos parece que además de no ser en contra de las proposiciones neoconstitucionalistas – ya que el positivismo jurídico actual adopta una postura descriptiva – la teoría del derecho positivista es responsable por recordarles constantemente a los intérpretes del hecho de que trabajar con criterios indefinidos, abiertos y con correspondencia moral, demanda una atención mayor a los criterios de autoridad y jerarquía entre los intérpretes, porque estas cuestiones, por fin, son las que van a determinar el verdadero contenido del derecho. De nada vale que el juez de primer grado haga extensas y filosóficamente perfectas consideraciones sobre el contenido de la dignidad de la persona humana si lo que, por fin, determinará su sentido jurídico es lo que está

siendo decidido por las Cortes Superiores. Así, el descriptivismo del positivismo actual llama la atención a la dosis necesaria de pragmatismo que se exige del intérprete del modelo neoconstitucionalista.

En lo que se refiere a los derechos sociales prestacionales, la adopción de un carácter descriptivo en el análisis de los sistemas jurídicos posibilita no sólo entender, sino también explicar sistemas jurídicos que se caracterizan por algún activismo judicial. Además, revela que dichos ordenamientos pueden ser absolutamente coherentes. Cuando se reconoce que la ley no es la única fuente posible de derecho, la presencia de principios jurídicos con carácter normativo y la práctica jurídica como importante fuente de derecho y fuente primaria de la regla de reconocimiento, se hace más fácil la comprensión de que derechos positivados partiéndose de normas de estructura abierta como los principios - y que por eso, necesitan complementación a la reglamentación de un caso concreto -, no necesitan como complemento necesariamente una ley.

Siendo la ley tan sólo una de las fuentes del derecho y existiendo por parte del intérprete una actuación en dirección a la formulación de los elementos necesarios a la complementación de la norma, nada impide que sea aplicada. Si el sistema jurídico reconoce, por criterios de convergencia y autoridad, ese procedimiento como legítimo, éste será fuente de derecho correctamente incorporada a la regla de reconocimiento y, por tanto, la decisión nada debe en términos de juridicidad a los ordenamientos que siguen la lógica meramente legislativa de fuentes del derecho. Si eso está correcto en términos políticos, interpretativos, etc, será punto esencial de discusión en otra esfera que no la Teoría General del Derecho. Pues como siempre intentó sostener KELSEN, el derecho es una ciencia neutra y no puede estar condicionado por asuntos externos. Nos parece ser éste el espíritu y gran mérito del positivismo: la neutralidad.

4.3.2 Derechos sociales prestacionales y legitimidad democrática: aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales y las relaciones políticas

Mucho de lo que hoy se discute en relación con las nuevas posibilidades de aplicación de los derechos sociales prestacionales partiéndose de propuestas de

alteración en los sistemas jurídicos pasa necesariamente, por la relación entre derecho y política. Más específicamente, por la judicialización de contenidos que antes se los dejaba a la mera discrecionalidad legislativa y que están – no obstante los diferentes grados de penetración de lo jurídico en ámbito político – teniendo apreciación judicial, sea en sentido de sustituir al hecho legislativo, sea constituyendo el legislador en mora.

La aplicación directa de los derechos sociales prestacionales – por la propia necesidad de construcción del objeto de la prestación y de la imposición de obligación de hacer a un ente público -, hace que la decisión judicial acabe ejerciendo función que antaño era reservada meramente a la ley y al Poder Legislativo. Hace posible, por tanto, cuestionar y rediscutir fronteras entre lo político y lo jurídico, constituyendo uno de los puntos clave de las proposiciones del movimiento conocido por neoconstitucionalismo.

Esa tensión determinada por el neoconstitucionalismo, de la que se ocupa ampliamente tanto la doctrina como la práctica jurídica, tiene como consecuencia la reformulación de las fuentes jurídicas y del papel de la ley como fuente hegemónica del derecho, así como sobre el propio concepto de democracia dentro del Estado democrático de derecho diseñado en las constituciones contemporáneas.

Esa alteración teórica en esos dos conceptos fundamentales al derecho – fundamentales en la concepción de Estado liberal⁶⁴⁵ – permiten, sin ninguna duda, dar nuevo aliento a las teorías que entendían como posible la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales, al menos en parámetros mínimos, además de permitir la redefinición de marcos referenciales a la actividad jurídica y política, como la relación entre los poderes y el papel de la ley y de la interpretación como fuentes del derecho.⁶⁴⁶

⁶⁴⁵ Como aclara GIMÉNEZ: “El discurso liberal niega abiertamente el carácter de auténticos derechos a los derechos sociales y limita su reconocimiento al carácter de principios proyectivos y políticos que dependen de las posibilidades económicas del Estado y son defendidos como bondades filantrópicas, el argumento es que estos derechos no otorgan verdaderos poderes jurídicos y, por ello, no son jurídicamente defendibles.” (Teresa GIMÉNEZ, cit., p. 67-68)

⁶⁴⁶ Como hemos tenido la oportunidad de asignar en las consideraciones introductorias del capítulo II de esa investigación: “[...] verificando a história recente dos conceitos e definições assumidas pelo termo “democracia”, é possível constatar algumas distorções no processo democrático se comparado à sua concepção inicial. Da mesma forma, as lições aprendidas no curso da história desmitificam a concepção de democracia como simples decisão da maioria e a presunção de correção dessas decisões. Parece-nos possível, a partir de uma concepção de democracia constitucional, adequar a noção de distribuição equilibrada das funções estatais – o que implica na redução da hegemonia legislativa -, e de um exercício democrático não dependente somente da simples vontade das maioria, mas condicionada também a questões de racionalidade, tolerância e respeito às minorias. Esse juízo de adequação, muitas vezes, pode recair sobre

La tensión entre constitucionalismo y democracia es constante, principalmente en el Estado democrático de derecho, donde está representada hasta mismo en la denominación de éste. Ese modelo de Estado se caracteriza por unir la tutela de los derechos fundamentales que condicionan toda la acción de los poderes públicos, a la manera democrática de toma de decisiones políticas. Como resume Luis PRIETO, partiéndose de este modelo es posible llegar a la conclusión de que “suponer que hay ´materias` de la justicia inaccesibles para el legislador, al margen de evocar un cierto iusnaturalismo, resultaría muy poco democrático; pero suponer que existen ´materias` de la política inaccesibles para el juez resultaría con seguridad muy poco constitucional. Por ello, tal vez en lugar de pensar en ´materias`, deberíamos pensar en círculos de competencia. Desde luego, tampoco aquí la separación puede ser tajante, pero, cuando menos, apunta en un sentido susceptible de conjugar los dos principios en pugna: el principio de la democracia, pues ningún ámbito queda sustraído a la particular concepción de la mayoría; y el principio de la constitucionalidad o de defensa de la posición del individuo incluso frente a la mayoría, pues ningún ámbito queda absolutamente al arbitrio de la política. En el fondo, es un problema de límites: hasta dónde se extiende la libertad de configuración de la ley, y a partir de qué punto no puede abdicar la actuación judicial en defensa del núcleo irreducible de la justicia (de la justicia expresada en la Constitución, por supuesto).”⁶⁴⁷

Según intentamos aclarar al tratar de la transición de un modelo de Estado legislativo al Estado constitucional, a lo largo del tiempo fue posible constatar que el modelo de Estado legislativo había sido construido desde una confianza absoluta en el poder de la ley para sintetizar todas las reivindicaciones de la sociedad de una forma justa y racional. A causa de eso, no había razón para imponer límites a la ley, transformándola en sinónimo de derecho.⁶⁴⁸ De acuerdo con ese modelo, el hecho de que el legislador es el representante del pueblo soberano, permitía que fuera considerado el emisor de ésa “voluntad soberana”, que no estaría sujeta a cualquier

órgãos legitimados constitucionalmente, mas cujos agentes podem não ser representantes populares politicamente legitimados”.

⁶⁴⁷ Prieto, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 112-3.

⁶⁴⁸ Como defendido por el modelo legislativo, si el pueblo es soberano y es posible siempre la manifestación de su voluntad, no hay “cómo” o “por qué” limitar esa voluntad a través de leyes fijas. Lo que es soberano no está sujeto a limitaciones, pues si limitado fuese; soberano no sería. Así que fundamenta la soberanía del pueblo en la idea de “voluntad general”, que era la voluntad pura y justa, por lo que no se podría condicionarla por los “intereses particulares” que inexorablemente, predominaban en las relaciones de poder.

límite. Por otro lado, para las orígenes inglesas que, muy influenciadas por el derecho natural, siempre han considerado los derechos como anteriores al Estado, así como para las teorías constitucionalistas que han desarrollado ese modelo, el legislador no es ya el detentor de la soberanía, sino un importante poder constituido y, por tanto, sometido a la constitución y a los derechos en ella previstos, que le son anteriores.

Partiéndolo de un modelo contemporáneo de constitucionalismo, todos los poderes del Estado, incluso el político o el de legislar, están regulados formal y materialmente por las constituciones y por los órganos encargados de su interpretación. Esto implica no solamente la obligación de seguir los límites e indicadores constitucionales cuando vaya a legislar, sino también el propio deber de legislar, en sentido de evitar que sea condicionada la aplicabilidad de una norma constitucional al juicio político de un legislador que le esté subordinado.⁶⁴⁹

Utilizando la construcción de FERRAJOLI, a partir del constitucionalismo contemporáneo y de la noción de subordinación de todos los poderes a la constitución, la regulación constitucional no está limitada solamente sobre “quién” puede o debe decidir. Se ha de considerar también, “cómo” se debe decidir, “qué cosa” se debe o no decidir, y “qué” no se puede “no decidir”.

Si esa tensión entre decisión judicial y límites a la legislación y al poder de decisión democrática ya se revela polémica cuando el asunto es la limitación sobre lo que “no se puede decidir”, es decir, en la tutela de los derechos de libertad que exigen alguna abstención del poder público posibilitando un control de las decisiones democráticas que vengán a violar de manera inconstitucional esos derechos, se puede decir que no es nada si la comparamos con la controversia involucrando la tutela de los derechos sociales prestacionales.

⁶⁴⁹ Sobre éste fenómeno explica FERRAJOLI: “Il termine «stato di diritto» viene qui usato nel secondo di questi due significati; e in questo senso è sinonimo di «garantismo». Esso designa perciò non semplicemente uno «stato legale» o «regolato da leggi», ma un modello di stato nato con le moderne Costituzioni e caratterizzato: a) sul piano formale dal principio di *legalità*, in forza del quale ogni pubblico potere – legislativo, giudiziario e amministrativo – è subordinato a leggi generali ed astratte che ne disciplinano le forme di esercizio e la cui osservanza è sottoposta a controllo di legittimità da parte di giudici da esso separati e indipendenti (la Corte costituzionale per le leggi, i giudici ordinari per le sentenze, i tribunali amministrativi per i provvedimenti); b) sul piano sostanziale dalla funzionalizzazione di tutti i poteri dello stato alla garanzia dei *diritti fondamentali* dei cittadini, attraverso l'incorporazione limitativa nella sua Costituzione dei doveri pubblici corrispondenti, soddisfazione dei diritti sociali, nonché dei correlativi poteri dei cittadini di attivarne la tutela giudiziaria. [...] Grazie a queste due fonti non esistono, nello stato di diritto, poteri sregolati e atti di potere incontrollabili: tutti i poteri sono alla forma ma anche ai contenuti del loro esercizio, la cui violazione è causa giustiziabile d'invalidità degli atti e, almeno in teoria, di responsabilità dei loro autori.” (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teorie del garantismo penale*. Roma: Laterza, 8a ed., 2004, p. 897)

Así ocurre porque en la tutela de los derechos sociales prestacionales no está envuelta sólo alguna imposición de límite al hecho legislativo de parte de la decisión judicial, sino una determinación a que actúe en determinado sentido. Utilizando la clara terminología de Luigi FERRAJOLI, si antes estaba envuelto el juicio sobre lo que se puede o no decidir, en el caso de los derechos sociales el control ejercido es sobre lo que no se puede “no decidir”. Casi por regla, la violación de los derechos fundamentales se da por la falta del acto legislativo, que condena dichos derechos a la condición de normas sin operatividad jurídica, ya que, para la concepción mayoritaria, son normas dependientes de legislación.

Nos parece cierto que, con la rediscusión sobre los límites de las decisiones democráticas – es decir, de la posibilidad que la decisión de las mayorías limite derechos constitucionalmente previstos -, se reabre una nueva posibilidad a la reformulación de la práctica jurídica en dirección a conferir aplicabilidad directa a los derechos sociales prestacionales.

Ese nuevo paradigma para la actuación judicial, nos permitimos decir, parte de un redescubrimiento de los fundamentos del Estado de derecho, que parece que han sido abandonados en el Estado legislativo, pasando por el derrumbe de muchos de los mitos contruidos sobre la racionalidad y corrección de la “voluntad general” expresada en la ley, y que son responsables por construir el mito de la ley como única fuente del derecho. La revisión de esas concepciones se debe a una alternativa aportada por un modelo sostenido en la supremacía de los derechos propuesta por el neoconstitucionalismo⁶⁵⁰, inspirada seguramente en los sistemas que adoptan el *common law*.

Desde el constitucionalismo contemporáneo (o neoconstitucionalismo) se busca reafirmar la constitución como marco jurídico y político del Estado. En las palabras de Stephen HOLMES, la constitución es instrumento y no obstáculo, al gobierno. Al ubicarse en la cumbre de los ordenamientos, se permite ver una separación y subordinación clara entre constitución y ley, surgiendo un importante fenómeno inexistente en el Estado legislativo: hay una separación entre ley y derechos, y no una dependencia de los derechos en relación con la ley.

En ese contexto, considerándose hasta incluso alguna unanimidad alrededor de la idea de que al legislador no le sería posible limitar derechos de libertad de

⁶⁵⁰ O, al menos, de no dependencia de los derechos en relación con la ley.

forma que los desfigure, cuestionan los defensores de la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales: ¿sería también posible inviabilizar la aplicación de dichos derechos por una simple e injustificada inercia? Sobre esa cuestión parte considerable de la doctrina se inclina para rediscutir la dependencia total de los derechos sociales prestacionales de la actividad legislativa.

Veamos que la cuestión aquí no es la sustitución del acto legislativo, sino de consideración de la constitución como instrumento normativo superior, que genera una compleja y enmarañada relación de control entre los poderes, sosteniendo no sólo el control de la constitucionalidad al mismo tiempo que constituye fundamento principal de la dialéctica derechos *versus* voluntad democrática, propia del Estado democrático de derecho.

La conjugación del Estado de derecho basado en el respeto a las normas y al derecho, con el Estado democrático, fundado en la decisión de las mayorías y a través de las normas establecidas al proceso democrático, acaba por alterar el concepto simplista de democracia como pura decisión de las mayorías: democracia formal. Con la formación del Estado democrático de derecho surge la necesidad de adaptación de la democracia formal con la vinculación de los poderes a la constitución y, por consecuencia, a los derechos. Como observa FERRAJOLI:

È così che la trasformazione dello stato assoluto in stato di diritto avviene simultaneamente alla trasformazione del suddito in cittadino, cioè in un soggetto titolare di diritti non più solo «naturali» ma «costituzionali» nei confronti dello stato, che ne risulta a sua volta vincolato nei suoi confronti. Il cosiddetto contratto sociale, una volta tradotto in patto costituzionale, non è più un'ipotesi filosofico-politica, ma un insieme di norme positive che obbligano tra loro lo stato e il cittadino, facendone due soggetti a sovranità reciprocamente limitata.⁶⁵¹

En esta necesidad de conjugación de elementos del Estado de derecho con el Estado democrático en el Estado democrático de derecho, la noción de democracia que prevalece es la democracia sustancial, donde los derechos vinculan la decisión del legislador, que está libre para decidir y no decidir en los casos donde los derechos no le impongan obligación de decidir en determinada dirección. Como define FERRAJOLI:

⁶⁵¹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 901.

Sostanziali, rispetto a quelle formali della democrazia politica, possono essere infatti considerate le norme secondarie che le enunciano: le quali, diversamente dalle norme sul «chi» e sul «come» si deve decidere che riguardano le fonti e le forme di produzione delle norme primarie, riguardano il «che cosa» si deve e non si deve decidere, e perciò i loro contenuti sostanziali. E sociali, rispetto a quelle politiche in tema di rappresentanza, possono essere considerate le loro funzioni: laddove infatti lo stato rappresentativo comporta che la sovranità risieda nel popolo, e che quindi il suo esercizio sia legittimo in quanto rappresenti la volontà della maggioranza, lo stato di diritto richiede che istituzioni politiche e giuridiche siano strumenti volti alla soddisfazione degli interessi primari di tutti, e siano quindi legittime in quanto concretamente tutelino e realizzino siffatti interessi.⁶⁵²

Los derechos ya no son dependientes de la actuación del legislador, sino que constituyen la moldura que determina hasta dónde el legislador puede trabajar. Es más, los derechos determinan campos donde el legislador tiene la posibilidad de actuar, definiendo parámetros de aplicabilidad a determinados derechos que, en principio, no tendrían aplicabilidad como derechos subjetivos. La diferencia de este modelo estará en que, para mantener la coherencia de un modelo de supremacía de los derechos, esa conveniencia y oportunidad de la acción legislativa no puede durar *ad eternum*. Si la falta de acción legislativa dura demasiado tiempo sin alguna justificación admisible, paralizando la operatividad de un derecho social prestacional, parece perfectamente posible, para el mantenimiento de la coherencia de un modelo de supremacía de derechos constitucionales, la intervención de los órganos de tutela de la constitución para sustituir al legislador omiso.

Eso posibilita, como se ha tratado en el punto anterior, que la fuente de los derechos, incluso los derechos sociales prestacionales, no tenga que ser necesariamente la ley, siendo posible también a la práctica jurídica suplir omisiones injustificadas del legislador. Eso no impide y tampoco es incompatible con la defensa de que la ley continúa siendo la fuente preferencial de regulación de los derechos sociales prestacionales. Lo que se reconoce es que la operatividad de derechos constitucionalmente no puede – en casos excepcionales de falta de una previsión legal o de omisión legislativa injustificada⁶⁵³ – quedar totalmente a la mercé de la

⁶⁵² FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 905-906.

⁶⁵³ “El dilema tiene que ver con el tratamiento de las omisiones del legislador establecido en cada Ordenamiento y con la necesidad de deslindar, desde los presupuestos del Estado de Derecho – que decíamos que nos es abandonado por el Estado social tal y como aparece en la Constitución –, las competencias del Parlamento y del Tribunal Constitucional.” (BARRANCO AVILÉS, Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. cit., p. 310).

voluntad de un legislador, porque sería incompatible con la posición de supremacía de la constitución.⁶⁵⁴

Pero si esa argumentación - que nos parece más actual y coherente con un modelo de democracia constitucional que la simple dependencia de los derechos sociales prestacionales de la reglamentación legislativa -, nos quedan aún serias barreras a superar. Si el problema político y de legitimidad democrática de las decisiones encuentra justificaciones adecuadas en el modelo de Estado constitucional, falta aún superar el problema de la separación entre los poderes, ya que a la aplicabilidad directa de derechos prestacionales cuando no hay reglamentación legislativa, la decisión judicial va a sustituir el principio de la legalidad en la imposición de conductas al Poder Ejecutivo y a la propia actividad legislativa en la creación de parámetros de aplicabilidad.

4.3.2.2 Separación de poderes en el Estado democrático de derecho

Siempre que se trata del activismo judicial que caracteriza el neoconstitucionalismo es punto inevitable de discusión y polémica el argumento de que la aplicación directa de derechos sociales prestacionales violaría el principio de la separación de poderes, que constituye la base de cualquier modelo de Estado y de derecho que no desee rotularse como absolutista o autoritario. Pero como hemos tenido la oportunidad de analizar en el capítulo II de esta investigación, ¿qué significa la separación de poderes dentro del Estado democrático de derecho?

En el estudio del modelo de Estado legislativo se ha percibido que la concepción de separación de poderes adoptaba un régimen rígido de separación entre los poderes, que no ejercían cualquier ingerencia o control uno sobre el otro. La única excepción consistía en la supremacía de la ley, que vinculaba las

⁶⁵⁴ Como esclarece Teresa GIMÉNEZ: "La denuncia del alejamiento de la democracia de su base social, se manifiesta en el creciente distanciamiento y pérdida de poder de las formas democráticas del Estado-nación para representar a los ciudadanos, tanto en la gestión de lo global, como en la preservación de lo local, y es causa del creciente desánimo y la desconfianza de los ciudadanos en lo político. Esta laguna representativa que arrastra la democracia cuestiona los límites del Estado de Derecho, porque la democracia, institucionalizada jurídica y políticamente en el Estado de Derecho, significa que el Estado está sometido al imperio de la ley, pero no de cualquier ley, sino de una ley en la que han participado los ciudadanos y que cuenta como garantía para su cumplimiento con el respeto de los derechos fundamentales y, especialmente, con la vinculación de los derechos económicos, sociales y culturales al Estado de Derecho." (GIMÉNEZ, Teresa, cit., p. 69).

actividades ejecutiva y judicial partiendo del principio de la legalidad y de la subsunción como modo de aplicación de la ley. Existía, por tanto, antes una sumisión de los poderes al Poder Legislativo que propiamente una relación de armonía e igualdad entre los poderes. Como fue diagnosticado por Madame STÄEL, se confundía la separación de poderes con una división que los trataba como enemigos unos de los otros.

Ya en el modelo neoconstitucionalista, dos tendencias se presentan. Por un lado, se identifica tendencias más radicales que defienden – de forma un poco simplificada – la sustitución de la posición de supremacía legislativa por la supremacía judicial, manteniendo así la condición de desequilibrio y jerarquía entre los poderes del Estado.⁶⁵⁵ Por otro, si analizamos las bases y fundamentos sobre los que se construye la doctrina constitucionalista que, a su vez, da origen al neoconstitucionalismo y ofrece subsidios a los argumentos de superación del modelo de derecho centrado en el hecho legislativo, se verifica que el modelo de relación entre los poderes que se busca no es el de subordinación o jerarquía entre los poderes. Al contrario, lo que se destaca es la búsqueda de respeto, limitaciones y mutuo control entre los poderes, partiéndose de la idea de competencias constitucionalmente definidas.

El argumento que muchas veces se utiliza la primera corriente, en el sentido de que la decisión judicial está mucho más próxima a la “justicia” buscada por la constitución, debe tener en cuenta la historia reciente de los modelos jurídicos que buscan concentrar la producción del derecho en la actividad de uno de los poderes. Como hemos visto y explicado, también el *legicentrismo*, tan combatido por el *neoconstitucionalismo*, ponía en el legislador la tarea de revelar – de forma neutra e imparcial – aquello que determinaría la justicia o incluso la ley natural. Tan grande

⁶⁵⁵ Dicha posición, presente en parte considerable de la doctrina brasileña, está representada por el trecho que sigue de Ricardo Maurício FREIRE SOARES: “Sendo assim, a concepção de uma Constituição como norma afeta diretamente a compreensão das tarefas legislativa e jurisdicional. De um lado, o caráter voluntarista da atuação do legislador cede espaço para a sua sumissão ao império da Constituição. De outro lado, o modelo dedutivista de aplicação da lei pelo julgador, típico da operação lógico-formal da subsunção, revela-se inadequado no contexto de ampliação da margem de apreciação judicial, especialmente na concretização de princípios, abrindo margem para o recurso de operação argumentativa da ponderação. Gera-se, pois, um conflito permanente entre esse tipo de constitucionalismo e democracia, ante a primazia concedida ao Poder Judiciário em detrimento de uma posição subalterna assumida pelo Poder Legislativo. Exemplo disso pode ser encontrado quando se verifica a tensão entre eficácia imediata (que exige a atuação dos juízes) e mediata (que requer a necessária atuação do legislador) ao denotar a dificuldade do neoconstitucionalismo de estabelecer os limites ou articular uma proposta que permita conjugar o labor jurisdicional e a função do legislador.” (FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. “As teses fundamentais do neoconstitucionalismo”, *Estado de Direito*, ano II, n. 13, marzo, 2008, p. 16).

era la confianza en la ley y en el legislador que, poco a poco, la racionalidad del legislador ha sido sustituida por la *voluntad* del legislador, ya que a éste no se imponían otros límites. Dicho error, por cuestiones mínimas de inteligencia, no puede ser repetido otra vez en relación con las decisiones judiciales. Pasado el absolutismo legislativo, ¿sería el momento adecuado para un *absolutismo judicial*?

No nos parece ser ése el fundamento extraído del constitucionalismo contemporáneo, aunque el intento de simplificación de la compleja lógica constitucionalista a veces conduzca o deje espacio a opiniones en ese sentido. La estructura de separación de poderes del constitucionalismo busca exactamente eliminar, a través de la constitución, esa relación de jerarquía entre los poderes. No descarta o somete la ley y la Administración a la *voluntad judicial*. Por lo contrario, junta los tres poderes como fuentes de derecho por la observancia de las competencias constitucionalmente previstas, poniendo a todos como subordinados a la constitución y por eso sin jerarquía entre sí. Si muchas veces el ejercicio de esas competencias puede chocarse o sobreponerse, dichos choques deben ser resueltos, tanto cuanto posible, partiéndose de relaciones armónicas; y no de oposición. Eventuales dudas sobre esas competencias encuentran en el Tribunal Constitucional – que no puede ser identificado con ninguno de los tres poderes– el órgano adecuado a la solución de un conflicto entre iguales.

En lo que se refiere a la posibilidad de aplicación de los derechos sociales prestacionales, esa dialéctica se revela aún más importante. La simplificación por la aplicabilidad directa y plena de esas normas como derechos subjetivos individuales, centrándola en el ámbito judicial, no permite una correcta evolución de esos derechos, que inexorablemente demandan elecciones políticas. A causa de eso, la importancia de prestigiar las elecciones legislativas, las posibilidades de ejecución (cuestión ejecutiva), en el debate judicial sobre la materia. Eventuales cuestiones que colisiones sobre la invasión de un poder en materia de la competencia de otro, tendrá en el Tribunal Constitucional el lugar adecuado para la definición de esos límites de intervención.

Cierto es que, en relación con las normas de derechos sociales prestacionales – como ha sido sostenido por la corriente en contra de su aplicabilidad directa -, el poder judicial y el caso concreto no son los mejores foros de debate, debiendo estar reservados a casos excepcionales. Priorizar la definición

judicial de la política es tan perjudicial a dichos derechos como su relegación al plano exclusivamente político. Es así porque los derechos sociales prestacionales son, por naturaleza, normas jurídicas que presuponen elecciones *materiales* de prioridades, por lo que no pueden hacerse efectivas en su totalidad y en potencial máximo. Demandan, así, elecciones políticas y colectivas. Solamente en su ausencia, entendemos, puede ser suplida judicialmente.

Así, tenemos que también las barreras relativas a la separación de poderes encuentran en la doctrina neoconstitucionalista una justificación adecuada, capaz de contornear los problemas de relación entre los poderes levantados por la doctrina contraria a la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales. Pero esa respuesta no está en la construcción de un absolutismo judicial, sino en el respeto a las competencias constitucionales y en el prestigio a las decisiones políticas tomadas por los órganos democráticamente legitimados. Solamente en caso de injustificada inercia, que venga a denegar aplicabilidad a la pretensión de derecho social prestacional o ante caso excepcional que justifique una complementación al acto legislativo, se justificaría una intervención judicial. De la misma manera, la posibilidad de esa intervención no está descartada.

4.3.3 Derechos sociales prestacionales y estructura normativa: reglas y principios

De entre los muchos problemas de aplicabilidad enfrentados por los derechos sociales prestacionales, uno de los mayores puntos de resistencia se refiere a la estructura normativa por la que son generalmente positivados en los ordenamientos jurídicos. Aunque cuenten con *status* constitucional, los derechos sociales prestacionales, por su propia finalidad y campo de actuación, no están previstos a partir de supuestos de hecho que, aliados a un nexo deóntico, dan origen a una consecuencia jurídica determinada y específica. Derechos sociales prestacionales, por su carácter de subsidiaridad, tienen como destinatarios a un grupo de personas indeterminado, cuya identificación será posible – en regla – sólo en el caso concreto, y cuando se encuadren en determinada condición de hipo suficiencia. El objeto de su prestación, considerado abstractamente, puede ser demasiado amplio, aunque

de forma concreta sea posible la constatación del bien necesario que ha de suplir determinada necesidad específica. Así, solamente el caso concreto permite la verificación de las posibilidades del sujeto de derecho y del obligado a prestarlas, posibilitando la constatación del *quantum* exigible por el sujeto de derecho y del Poder Público.

A esa especificidad y variabilidad de objeto hay que sumarse el hecho de que estas normas están ubicadas en la cumbre de los ordenamientos jurídicos. A causa de eso, esparcen su aplicación a todos los campos de regulación de la constitución, es decir, prácticamente por todo el ordenamiento jurídico. Considerándose, por tanto, que las soluciones que buscan esas normas no son definitivas y dependen de medios económicos de quien las debe prestar, de la necesidad del sujeto pasivo, de las demás normas de derechos sociales con las que disputan el mismo recurso; es improbable que para esas normas se adopte una estructura típica de reglas. Se prefiere, en casi todos los casos, la utilización de una estructura de principios, que trae fuerte destaque al bien jurídico que visan proteger y a la necesidad social que se prestan a garantizar, pero sin que constituyan razones definitivas en cuanto a la solución específica que se espera a la tutela de dicho derecho.

A causa de eso, muchas veces los derechos sociales prestacionales – transmitidos por principios jurídicos – se sujetan a la acusación de que serían normas incompletas, exactamente porque les falta esa consecuencia jurídica específica, que posibilita la acción judicial y su reconocimiento como derecho subjetivo. Siguiendo esa línea de raciocinio, solamente a partir de la actividad legislativa, que posibilitará la edición de una *regla* que prevea claramente el objeto de la prestación y las consecuencias de su incumplimiento, es que un derecho social prestacional previsto por principio podrá tener aplicabilidad directa en el sentido de generar un derecho subjetivo a la prestación.⁶⁵⁶

⁶⁵⁶ Como resume J.L. SERRANO: “Efectivamente, según Kelsen, «para poder ser interpretada objetivamente como una norma jurídica, la norma tiene que ser el sentido subjetivo de un acto efectuado conforme con ese procedimiento adecuado a la norma fundante y tiene que estatuir un acto coactivo o estar en relación con un norma semejante». Por eso, para Kelsen, es necesario rechazar toda la definición del derecho «que no lo determine un orden coactivo». Probablemente sea de estas afirmaciones axiales de la teoría pura del Derecho o de su recepción no demasiado meditada de donde partan las tesis, lamentablemente extendidas en la doctrina jurídico-constitucional española, según las cuales los principios contenidos en el capítulo III del título I de la Constitución no son normas jurídicas. El razonamiento de este sector podría ser expuesto de una manera simple mediante el siguiente silogismo: A. El Derecho es un orden coactivo; B. Los contenidos de los enunciados del capítulo III no son actos coactivos, C. Luego, esos enunciados no son normas jurídicas.” (SERRANO, José Luis. “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, num. 56, abril-junio, 1987, p. 104-5)

De esa afirmación se puede percibir alguna concepción normativa que no es privilegio solamente de los derechos sociales prestacionales, pero en relación con todos los principios jurídicos, según la que los principios no serían normas capaces de producción de efectos jurídicos completos, constituyendo como definido por SERRANO, “enunciados jurídicos primero y superfluos después” (refiriéndose a su consecuencia jurídica).⁶⁵⁷

Pero, si por un lado es característica la restricción a la fuerza normativa de los principios jurídicos, se puede de otro, verificar que esa estructura normativa ha sido una de las más importantes luchas de los teóricos neoconstitucionalistas, que afirman que, aunque demanden una manera distinta y compleja de aplicación, no hay motivos normativos para concluir que desde los principios no se puedan extraer derechos subjetivos individuales. Como esclarece BÖCKENFORDE: “Las disposiciones sobre derechos fundamentales de la LF, como también las de otras Constituciones de Estados de derecho, son, conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en si mismas, además, de un único sentido material. Si, no obstante, deben operar como derecho directamente aplicable, y ser efectivos, requieren, de un modo diverso al de los preceptos legales normales, una interpretación no sólo explicativa, sino constructora, que recibe pocas veces la forma de un desciframiento o concretización.”⁶⁵⁸

Basados en eso, nos queda aclarar: ¿hasta qué punto las teorías neoconstitucionalistas de aplicabilidad en relación con los principios pueden contribuir a una discusión sobre la aplicabilidad de derechos sociales prestacionales? Vale referir que, aunque se pueda afirmar que, por su naturaleza, los derechos sociales prestacionales son constitucionalmente previstos desde principios, también se puede fácilmente constatar que muchas de las normas garantizadoras de derechos sociales de libertad están previstas a partir de normas de estructura idéntica o semejante. Pero no tienen cuestionada su aplicabilidad. En ese caso, ¿por qué razón sería conferido un tratamiento normativo distinto a normas estructuralmente idénticas?

Antes de responder a las cuestiones referidas – cuya respuesta nos parece fundamental a la definición de la aplicabilidad de los derechos sociales

⁶⁵⁷ SERRANO, cit., p. 105.

⁶⁵⁸ BÖCKENFORDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 44.

prestacionales –, hay que señalar que partimos de la premisa de la aceptación del carácter normativo de los principios y de la constitución, algo sobre lo que parece comulgar casi toda la doctrina, aunque pueda denegar algunos efectos jurídicos a los principios jurídicos por el hecho de que entienden que son exclusivos de las reglas. La discusión sobre posibilidades y efectos de reglas y principios debe, por tanto, ser trabada dentro del campo normativo, ya que se establece desde distinciones entre dos tipos de normas jurídicas.

Sin embargo, cumple referir que si los principios son normas incompletas porque traen consigo una consecuencia jurídica predefinida, poseen una posibilidad de alcance mucho más amplia que las reglas. Porque constituyen normas más genéricas, que no tienen pretensión de resolver definitivamente una determinada cuestión, a los principios es posible regular las más distintas situaciones. Si por un lado pierden en especificidad, por otro ganan en amplitud. Como resume SANTAMARÍA IBEAS, principios jurídicos “se constituyen como normas afectadas por un amplio grado de generalidad, lo que precisamente permite su universalización y la superación de los particularismos establecidos frecuentemente por las normas positivas.”⁶⁵⁹

Aunque se perciban diferencias doctrinarias en cuanto a la identificación de los principios desde su estructura de formulación, tenemos que – al menos en relación con los principios que prevén derechos sociales prestacionales – lo que los caracteriza es su forma estructural, que siempre revela una indeterminación en cuanto a la solución a establecerse al caso.⁶⁶⁰

En verdad, la propia doctrina tiene dificultades en presentar un sentido unívoco a los principios, siendo su definición generalmente hecha desde la confrontación con el concepto de regla jurídica. De una manera general, parece que se puede decir que principios constituyen normas que no presentan la estructura

⁶⁵⁹ SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*. Madrid: Dykinson, p. 138.

⁶⁶⁰ Como hemos tenido la oportunidad de escribir en el capítulo III: “Pela primeira característica, *defesability*, parece ser mais fácil de compreender através da análise de seu oposto. As regras seriam norma “indefectíveis”, no sentido de completas, porquanto estabelecem de modo exaustivo tanto os fatos em presença dos quais se produz uma dada consequência jurídica, como as exceções em presença das quais a consequência jurídica prevista não se produz. Em razão disso, os princípios são “defectíveis” porquanto ausente uma descrição completa dos fatos aos quais se aplicam, ou das exceções que lhe podem ser aplicadas. Já a genericidade é própria da norma para cuja aplicação se exige a formulação de uma outra norma e, por outro lado, permite que sua aplicação seja efetuada por vários modos diversos. Constitui o oposto das regras, que se caracterizam por serem normas precisas, ou seja, na qual é possível identificar uma premissa maior no silogismo judicial (“Se A, então B”).”

clásica de las reglas, con la descripción de un supuesto fáctico y la imposición de una solución jurídica determinada (consecuencia jurídica).⁶⁶¹

Analizando las normas que se puede reunir bajo la clasificación de principios, tenemos que estudios más específicos no atribuyen a los principios la condición de normas incompletas y que, a causa de eso, necesitan reglas que los expliquen. Por el contrario, reconocen a determinados principios plena posibilidad de aplicación. Lo que dichas normas demandarán, a su vez, es un proceso distinto de aplicación o no aplicación, que va a permitir que se haga su identificación como principio y no como regla. Así ocurre, por ejemplo, con la *prohibición de discriminación a causa de sexo, color, credo o edad*. En relación con esta norma, llamada propiamente por AARNIO de “principio que se parece con regla”, o “regla que se parece con principio”, solamente se podrá descubrir si se trata de regla o principio desde la forma por la que interacciona con otras normas, por los casos donde está relativizado, es decir, por la práctica jurídica.

Los derechos sociales prestacionales, siguiendo la doctrina citada en el Capítulo III de este estudio, no estarían incluso en la clasificación de *principio que parece regla*. Constituyen una distinta especie de principio que se puede reunir en la fórmula “se debe alcanzar X”. Mientras una regla podría seguir el silogismo “se debe hacer Y” o “se debe hacer Y para alcanzar X”, los *principios-directrices* o *mandados de optimización* – dónde se incluyen los derechos sociales prestacionales - se caracterizarían por apuntar a un objetivo final, dejando en abierto los medios para realizarlos.⁶⁶²

⁶⁶¹ Como define BARRANCO AVILÉS “De esta forma, las reglas son razones independientes del contenido y peremptorias. Por una parte, los principios explícitos son razones independientes del contenido pero no peremptorias, entran a formar parte del razonamiento de los órganos del sistema o de los destinatarios por su origen en una determinada fuente, pero no están destinados a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) – que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido – ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.” (BARRANCO AVILÉS. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 154).

⁶⁶² Es en esa línea también la lección de J.J. SANTAMARÍA IBEAS: “Descartado ya el carácter de “secundariedad” de los principios como característica de éstos, quedan la “vaguedad” y la “generalidad”: estas dos características de los principios se refieren a la formulación terminológica o positiva que éstos reciben, y es evidente que no podrán servir para diferenciar tajantemente a los principios de las normas, desde el momento en que existen multitud de normas o reglas de carácter general y con un alto grado de vaguedad. El carácter “general” de los principios se refiere a los destinatarios a que están dirigidos, afirmándose que el espectro jurídico al que se refieren los principios es mucho más amplio que el de la mayoría de las normas, mientras que la “vaguedad” de los principios alude a la “*presencia de un insuprimible margen de indeterminación semántica*”, debiéndose señalar a este respecto que si bien es cierto que la vaguedad es casi una característica propia del Derecho en un sentido objetivo (desde el momento en que éste hace abstracción de las distintas situaciones sociales posibles para poder regularlas jurídicamente de manera efectiva), también lo es que parece

A causa de eso, se puede observar que existen principios y principios, es decir, diferentes tipos, cuya aplicabilidad queda facilitada o dificultada por el grado de especificidad y disposición sobre la conducta que demandan, o hasta en la forma de su realización. Muy distinto de los principios en sentido estricto, o de los principios que se parecen a reglas, los principios como mandados de optimización enfrentan la barrera de que la solución que les falta no puede ser fácilmente identificada desde la regla creada del choque entre los principios que le son contrarios. Demandan también posibilidades jurídicas y fácticas, que se deberán construir: a) por el proceso político de producción del derecho, la ley; b) desde el caso concreto, por el juzgador.

Dicho esto, se puede afirmar que cuanto más fácil sea identificar una norma como principio jurídico (en lugar de regla), más difícil será su aplicación directa. Éste es, por tanto, el caso de los principios como mandados de optimización o *principios rectores*, dónde se incluyen los derechos sociales prestacionales. Las dificultades que tiene el intérprete que superar a su aplicación son las más distintas. Podrá ser, por ejemplo, técnica, en la definición del mejor medio al alcance del bien perseguido; jurídica, ante la serie de normas vedando, limitando o regulando la conducta determinada o pensada por el intérprete a la satisfacción del bien buscado; económica, en sentido de verificar que dicha solución es viable y exigible; conceptual, para de establecer la significación del enunciado o del bien tutelado en relación con la providencia determinada, etc. Así, son innumerables las dificultades que se le ponen al intérprete, haciendo su proceso de realización mucho más difícil. A causa de eso, parece sencillo comprender por qué tienen su aplicabilidad reducida.⁶⁶³

consustancial a los principios el ofrecer un más acusado grado de vaguedad en la expresión de sus enunciados.” (SANTAMARIA IBEAS, J. Javier., cit., p. 131).

En la misma dirección la posición de Javier DE LUCAS: “Los derechos sociales son normas jurídicas que pueden configurarse como reglas, principios o directrices que juegan, de hecho, un papel relevante en el sistema jurídico-constitucional, no ya sólo como normas objetivas, sino también en su dimensión subjetiva. El tipo de enunciado y la ubicación sistemática dentro de un texto constitucional son factores determinantes, aunque no definitivos, para garantizar adecuadamente un derecho. En realidad, una de las dificultades a la hora de caracterizar de manera homogénea a los derechos sociales es la heterogeneidad de sus técnicas de positivación (y eso en el caso de que se encuentran efectivamente positivados constitucionalmente). Cabe admitir, en todo caso, que la vía elegida por el constituyente para plasmar los derechos en un texto positivo tiene un inevitable trasfondo político, que se refleja en el grado de eficacia normativa y en la protección jurisdiccional elegida a priori para cada derecho.” (DE LUCAS, Javier. “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, *Lecciones*, cit., p. 71).

⁶⁶³ Como esclarecen ATIENZA y MANERO, la aplicación de los principios como mandatos de optimización implican en “juicios, en la mayor parte de las ocasiones, fuertemente controvertibles, sobre relaciones medio-fin. Y ésta es la razón de que el cumplimiento de directrices sea asunto centralmente encomendado a los órganos con legitimación democrática (al legislador y a los órganos del poder ejecutivo) y que el control judicial, a este respecto, haya de limitarse a aquellos

Lo que nos parece relevante es que, si consideramos dichas normas que prevén principios como mandados de optimización en su forma abstracta, efectivamente resulta muy difícil al juzgador practicar o tomar una decisión sobre los medios a emplear a que se alcance determinado bien. Ante, por ejemplo, una demanda de los portadores de enfermedad rara, con vistas a la condenación del poder público a costear determinado tratamiento, efectivamente es difícil al juzgador verificar quien verdaderamente necesita el tratamiento, física y económicamente, qué tratamiento ofrece el mejor coste-beneficio, cuales medios hay que utilizar al prestarlo, etc. Más importante, la forma de viabilizar la prestación a causa de la incidencia de una serie de normas impeditivas, como antes relatado. Pero hay que considerar que los principios que vehiculan derechos sociales prestacionales, hay que analizarlos desde casos concretos, donde estén involucradas personas concretas, con sus situaciones propias.

Tal hecho parece explicar de forma satisfactoria los motivos por los que – en los ordenamientos que confieren aplicabilidad directa a algunos derechos sociales prestacionales – algunas normas de ese tipo son consideradas derechos subjetivos individuales en algunos casos y en otros no. Más aún, permite explicar por qué algunas normas de derechos sociales prestacionales son directamente aplicadas, mientras otras no. Así, incluso comulgando con estructuras normativas idénticas, normas de derechos sociales prestacionales poseen potencialidades jurídicas absolutamente distintas. Mientras algunas son directamente aplicadas, otras son dejadas al juicio de oportunidad del legislador.

Eso ocurre porque en el proceso de aplicación de los principios – distintamente de lo que ocurre con las reglas [] el modo de aplicación no depende de una sencilla subsunción del hecho a la norma, sino de un juicio de proporcionalidad. De esa forma, no será solamente la estructura normativa adoptada por el dispositivo que cuenta, pero también el valor o bien jurídico que tutela. Así, si observamos una situación extrema de falta de asistencia material en el suministro de una medicina esencial a la vida de un paciente que no tiene mínimas condiciones de adquirirlo, fácilmente se verifica un riesgo a su propia supervivencia. Desde ese dato concreto, que solamente se lo podrá constatar a partir de la situación concreta y probada,

casos en los que tales órganos adoptan decisiones o emprenden cursos de acción nítidamente opuestos a la obtención de los estados de cosas ordenados." (*Las piezas del Derecho*, cit., p. 38).

entran en las razones en favor de la superación de las normas impeditivas a la aplicación de una solución al caso, razones mucho más fuertes en términos argumentativos que en un caso donde, con base en la misma norma, se busca un tratamiento estético que puede ser conveniente, pero no alcanza el bien jurídico vida. Así, la estructura normativa de la norma que ampara ambos casos es la misma. Las consecuencias fácticas que de ellas se originan son diversas, influyendo decisivamente en el juicio de proporcionalidad.⁶⁶⁴

Por proporcionalidad hay que entender el modo de aplicación de principios. Como verificado en el Capítulo III de ésta investigación, los principios son normas que objetivan la protección de un bien jurídico específico, pero que se caracterizan por la posibilidad de acceder, alterarse o tener una aplicación mitigada, dependiendo de los demás valores envueltos en el caso concreto. De acuerdo con la regla de colisión establecida, pueden preponderar o acceder en relación con otras normas. Por el hecho de que no funcionan como razones peremptorias (caso de las reglas) no hay la necesidad de que preponderen siempre o de que impongan una solución única, hasta porque no la traen consigo.

Por el hecho de que el grado de aplicación de un principio va a depender mucho de las condiciones del caso concreto y de los demás principios que regulen el caso, presentándose razones en contra o a favor de su aplicación, se puede decir que la solución de un juicio de ponderación será siempre variable. Tan grande es la relación entre aplicación de principios jurídicos y ponderación, que gran parte de la doctrina especializada en la interpretación entiende que la aplicación de la ponderación es una de las formas de identificación de un principio. “Si colisionando con una determinada norma cede o triunfa siempre, es que estamos ante una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio.”⁶⁶⁵

Es fundamental comprobar, por tanto, que la solución de la ponderación tendrá como resultado siempre la elaboración de una regla de colisión. En el caso específico de los derechos sociales prestacionales, la colisión entre las razones en favor de su aplicación directa a determinado caso concreto, cuando preponderantes

⁶⁶⁴ Así ocurre porque, en comparación con las reglas, los principios poseen un elemento valorativo mucho más destacado. No que las reglas no tengan una dimensión axiológica, pero por el hecho de que traen ya una solución jurídica lista y esa dimensión les es secundaria. Ya en los principios, su fuerza axiológica está intrínseca al propio principio, pues éste prevé un fin, pero no los medios para alcanzarlo.

⁶⁶⁵ PRIETO, L. *Ley, principios, derechos.*, cit., p. 58.

sobre las razones en contra de su aplicación, demandarán la creación, por el intérprete, de condiciones de aplicación que estarán contenidas en la regla de colisión. En este hecho hay que especificarse cantidad, modo y objeto de la prestación, o sea, todo que falta a la previsión abstracta del principio. A causa de esto, está la constatación de que la reglamentación legislativa facilita la aplicabilidad de los principios que prevén derechos sociales prestacionales, porque en ese caso, hay una regla de producción legislativa que toma el lugar de la regla de colisión (en caso de que preponderen las razones a favor de la aplicación directa). En estos casos, tiene la preferencia siempre la regla legislativa.⁶⁶⁶ Como concluye BARRANCO AVILÉS, dichas reglas consiguen evitar la necesidad de ponderación a cada caso individualmente, trayendo soluciones que se pueden aplicar a casi todos los casos.

Pero lo que debe quedar claro en relación con lo que intentamos construir en esta investigación y principalmente cuando tratamos de la estructura normativa, es que en el caso de la ausencia de esa regla de producción legislativa, se hace viable – desde el método de ponderación – construir en el caso concreto, una *regla de colisión* que venga a superar la ausencia de la norma reguladora, siempre y cuando las razones a favor de la aplicación directa de los derechos sociales prestacionales superen, en el juicio de proporcionalidad, las razones que le sean en contra.

Es evidente que no se trata de un proceso fácil y sencillo, como lo es el método de la subsunción. Por el contrario, la presencia de principios en los ordenamientos jurídicos demanda un análisis – además de la estructura de norma⁶⁶⁷ – del valor jurídico que representa, que dependerá también de la situación concreta. El juicio de interpretación, en ese caso, es la evidencia que implicará en juicios

⁶⁶⁶ “Por último, en cuanto a su conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad, se puede decir que, mediante las reglas de acción, los Ordenamientos imponen restricciones al comportamiento de los destinatarios que posibilitan la convivencia de éstos, ‘tales reglas, consiguen evitar la necesidad de ponderación en cada ocasión imponiendo restricciones recíprocas a la persecución por cada cual de sus propios intereses (las reglas que imponen deberes positivos o negativos) y garantizando, en la persecución por parte de cada uno de sus propios intereses, una esfera de no interferencia por parte de otros sujetos sociales (las reglas permisivas, que imponen indirectamente prohibiciones de interferencia a terceros).” (Barranco Avilés, C.. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 155)

⁶⁶⁷ En ese punto, registramos la opinión de Ingo SARLET, que dice: “O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.” (*A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 276). Agregáramos a la afirmación del profesor gaucho que también juegan decisivo papel en el quantum de eficacia deferido a determinado derecho, los valores que vienen a tutelar (quizás más que la estructura normativa, si ambas normas se tratan de principios) y la acogida por la práctica jurídica que, al fin de todo, será el argumento definidor de la aplicabilidad de las normas de derechos sociales prestacionales.

también políticos, cuando deberá valorar bienes jurídicos contrapuestos y construir una regla de colisión. Como observado por BÖCKENFORDE y representado por el neoconstitucionalismo, cuando no más se tiene un modelo puro de reglas, los derechos fundamentales adquieren la condición de deberes políticos que, en caso de que no se realicen, permiten que sean examinados judicialmente, ocurriendo el fenómeno llamado *judicialización de los ordenamientos*, que caracteriza el neoconstitucionalismo. Es exactamente a causa de eso que se propone, partiéndose de ese modelo, una substancial transformación en la relación entre legislación y jurisdicción constitucional.⁶⁶⁸

Con la amplia difusión de los principios en los ordenamientos, aliado al reconocimiento de su carga normativa y aplicabilidad directa (posibilitada por el juicio de ponderación), podemos afirmar que, desde el neoconstitucionalismo, se ofrece la posibilidad de aplicación de lo que Martin BOROWSKI llama *teoría amplia del supuesto de hecho*, según la que se suman a los conflictos normativos de antaño los conflictos de bienes jurídicos tutelados por derechos fundamentales y principios constitucionales, que muy a menudo se encuentran en régimen de tensión. Dicho hecho lleva a la necesidad de que los sistemas jurídicos establezcan, desde sus respectivas prácticas jurídicas, lo cuánto pretenden conferir de aplicabilidad a esas normas, pero principalmente lo cuanto pretenden proteger más los derechos constitucionalmente tutelados, aunque causen inexorablemente un número mucho mayor de conflictos en la aplicación de las normas dentro de los ordenamientos, o si

⁶⁶⁸ Dicha idea de BÖCKENFORDE está sintetizada con extrema competencia por BARRANCO AVILÉS, aunque la autora no comparte de tal opinión: “En opinión de este autor (siempre en el ámbito de su análisis de la dogmática constitucional alemana), la atribución de un alcance objetivo a los derechos fundamentales tiene una serie de repercusiones que quedan englobadas en la función dogmático-jurídica – el derecho no puede ser descrito como un modelo puro de reglas -, de la teórico-estatal – los derechos fundamentales adquieren como correlativos ‘deberes’ del Poder Político – y de la teórico-constitucional – se produce una ‘judicialización’ del Ordenamiento -. La primera de ellas es consecuencia de que para desplegar su ‘eficacia objetiva de principio’, los derechos aparecen estructuralmente configurados con ‘lo que Alexy caracteriza y ha conceptualizado como normas-principios’ y ‘en la medida en que los derechos fundamentales adquieren el carácter de tales normas-principios, se cambia su utilización de la interpretación a la concretización’, con esta distinción entre interpretación y concretización, el autor alude a la idea de que la interpretación de los derechos fundamentales no puede adaptarse a los moldes de la interpretación tradicional construida en su mayor parte en el ámbito jurídico-privado. La función teórico-estatal, se produce desde el momento en que los derechos fundamentales ‘devienen normas de cometidos del Poder; los fines y los cometidos del Estado recogidos de esta forma en la Constitución devienen jurídico-subjetivamente exigibles’, y no ‘únicamente exigibles con respecto al proceso de la construcción de la voluntad política’. La última de las funciones enunciadas ‘consiste en la transformación de la relación entre legislación y jurisdicción constitucional’.” (BARRANCO AVILÉS. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 127).

sería mejor dejarle más libre al legislador a que haga la interpretación de esos principios.⁶⁶⁹

Será, como en la definición de la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales, un problema de dosis a medirse por las decisiones de los respectivos Tribunales Constitucionales. Considerándose las cuestiones antes puestas, tenemos que la teoría de la norma admite una aplicabilidad restringida a los derechos sociales prestacionales. Pero también ofrece datos coherentes y sólidos para sostener la posibilidad de superación de las “deficiencias” estructurales de las que se acusan los principios. Cabrá, por tanto, a los sistemas jurídicos, definir el grado de efectividad que desean conferir a dichas normas, lo que no depende, hay que decir, solamente de la postura judicial, sino también de las necesidades reales puestas desde casos concretos para fines de análisis judicial.

⁶⁶⁹ Nas palabras de BOROWSKY: “(...) este aumento en el número de colisiones, que se produce al aplicar la teoría amplia del supuesto de hecho, puede enjuiciarse igualmente de manera positiva o negativa, según los argumentos técnicos que se utilicen. El hecho de que se protejan más intereses mediante normas de derecho fundamental, implica que más conflictos de intereses se conviertan en conflictos entre derechos fundamentales. Esta circunstancia no se presenta cuando se aplica la teoría interna, que deja sin protección a todos los intereses que según ella no están protegidos por los derechos fundamentales, a pesar de que dichos intereses sean relevantes. La pregunta si el aumento en el número de colisiones entre derechos fundamentales es desventajosa depende de si es preferible proteger más intereses por medio de los derechos, a pesar de que se causen estos conflictos, o si es mejor dejarlos sin protección desde el principio.” (Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 25, [trad. Carlos Bernal Pulido], Bogotá, 2003, cit., p. 141).

CONCLUSIONES

Por el título con el que hemos rotulado la presente Tesis Doctoral, podría pensar el lector que se trata de una investigación que gira en torno a los derechos sociales –concretamente, los derechos sociales prestacionales-, temática sobre la que ya hay abundantes y sesudos estudios especializados. Nuestra intención ha sido otra: la de profundizar en la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales, tomando como punto de partida una perspectiva que cada vez va tomando más fuerza, como es la del “neoconstitucionalismo”. No se trata de que la moda del “post” o del “neo” nos haya atrapado con su canto de sirenas. Entendemos que en la teoría jurídica se abren unos caminos nuevos que, sin desdeñar ni renegar de las concepciones jurídicas tradicionales –iusnaturalismo, positivismo, realismo-, incorpora nuevos elementos. Ello nos ha conducido a sumergirnos en la Teoría del derecho, en la Teoría del Estado, en la Teoría de la norma y en la Teoría de los derechos humanos –los derechos sociales prestacionales- y a emprender un fructífero diálogo con ellos y entre ellos. Hemos utilizado el neoconstitucionalismo como la llave maestra que, progresivamente, nos ha ido abriendo las puertas de las diversas categorías conceptuales que, a lo largo de nuestra investigación, hemos examinado y que nos han permitido llegar a las conclusiones que seguidamente exponemos.

En la presente investigación, buscamos analizar en el Capítulo I los principales puntos con relación a la Teoría del derecho con el propósito de verificar de qué forma esas teorías continuaban vigentes y presentaban respuestas coherentes y adecuadas sobre el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos, principalmente los modelos que adoptan en un mayor grado los cambios propuestos al derecho por la teoría neoconstitucionalista.

Por neoconstitucionalismo entendemos el movimiento jurídico que caracteriza algunas posiciones del constitucionalismo moderno que propone una diversa concepción sobre las fuentes jurídicas, concentrando todo funcionamiento de los sistemas jurídicos en el modelo de constitución normativa. Esta constitución normativa se distingue de modelos constitucionales convencionales porque no constituye solamente un marco político y de definición de competencias, sino que

hay que entenderla, también, como una fuente de derechos y de distribución de normas materiales que deben pautar la actuación de todos los poderes del Estado. A causa de ello optamos por la denominación neoconstitucionalismo, no solamente porque ésta cuenta con considerable acogida en la doctrina, sino también para destacar esa distinción de postura en comparación con el modelo constitucionalista liberal.

Neoconstitucionalismo y Teoría del derecho

Hechas estas consideraciones, se comprueba primeramente, que una de las grandes preocupaciones del modelo neoconstitucionalista consiste en ocuparse, de alguna manera, de contenidos materiales, que deben estar presentes en los ordenamientos constitucionales. Además, es característica de la doctrina neoconstitucionalista la consideración normativa de los derechos fundamentales, de manera que constituyen derechos que producen efectos por todo el ordenamiento, constituyendo no sólo parámetros de validez para todas las normas jurídicas, sino también pautas para los intérpretes de las mismas. Esa vinculación de los ordenamientos a un núcleo intangible que prevé contenidos de orden material, generalmente asociados a la moral filosófica y que sirven de parámetro a todas las decisiones jurídicas, permite una justificada comparación con el derecho natural y la preocupación de la doctrina iusnaturalista con los contenidos que deberían necesariamente estar presentes en el derecho.

Esas coincidencias resultan aproximando considerablemente el neoconstitucionalismo al iusnaturalismo, de manera que se hace posible encontrar en la doctrina afirmaciones en sentido de que la adopción de un modelo neoconstitucionalista tiene por consecuencia un rescate del iusnaturalismo como teoría del derecho.

Examinando algunas de las tesis fundamentales del iusnaturalismo, hemos podido comprobar que la teoría iusnaturalista se caracteriza por la necesidad de afirmación de un dogma: el de la existencia y la supremacía del derecho natural por encima del derecho positivo. A ése derecho natural se atribuyen algunas características fundamentales, como la de que sea decurrente de una racionalidad, la inmutabilidad, la universalidad y la inalienabilidad. Dichas características son de gran importancia para la comprensión del neoconstitucionalismo y de los derechos

fundamentales, pudiéndose afirmar que seguramente algunos de los atributos del derecho natural sirven de base al neoconstitucionalismo en las características que propone al derecho natural. La inalienabilidad, por ejemplo, se puede perfectamente considerar como origen de la posición de supremacía de los derechos fundamentales y su superioridad sobre el acto legislativo. La protección de los derechos fundamentales por *quóruns* calificados o hasta la prohibición de su modificación se puede haber inspirado en la inmutabilidad. Además, la propia forma de desarrollo de los derechos fundamentales, que generalmente vienen previstos partiéndose de principios, sigue seguramente una tradición de la racionalidad utilizada en la revelación de los derechos naturales.

Pero dichas similitudes no hay que entenderlas como reproducción de la teoría iusnaturalista, porque entre neoconstitucionalismo e iusnaturalismo, puede decirse, existen mucho más distinciones que similitudes, más aún si consideramos la Teoría del derecho propiamente dicha. En ese punto, se puede comprobar que el derecho ha evolucionado mucho como ciencia desde que la teoría iusnaturalista dominaba el escenario jurídico hasta hoy en día. De hecho, se puede, por ejemplo, construir todo un sistema jurídico partiéndose del dogma del derecho natural, el cual ni siquiera aporta pruebas sobre su existencia. En ese punto, busca el neoconstitucionalismo, en la conjugación de un derecho jerárquicamente superior, pero dentro del derecho positivo, basar su teoría en la idea de constitución como elemento fundador del sistema jurídico, lo que es absolutamente diferente de la teoría dualista basada en la existencia de un derecho metafísico superior.

Igualmente, hay diferencias irreconciliables entre iusnaturalismo y neoconstitucionalismo en lo que se refiere al modo de aplicación de las normas de contenido material que proponen. Por defender la tesis de la *única solución correcta*, según la que el derecho natural se debe aplicar desde el mejor sentido jurídico posible, la teoría iusnaturalista resulta dejando el derecho sin una referencia segura de definición, ya que siempre será cuestionable una decisión, es decir, dependiente del punto de vista que se adopte. Si el derecho fundamental es parámetro de validez para todas las normas, y siendo ese derecho dependiente de la mejor solución racional posible, no hay motivo para que una parte cumpla una sentencia cuando entiende que ésta viola criterios previstos en el derecho natural. Bajo su óptica, la

solución apuntada por el juzgador puede no ser la mejor solución posible, por lo que sería, en ese caso, inválida y por lo tanto, inexigible.

Aunque la doctrina neoconstitucionalista se caracterice por una gran atención a la argumentación jurídica, a la actividad interpretativa y a la preocupación de la justicia del caso concreto, jamás deja de disociar el derecho de criterios de autoridad. Por este motivo, su gran preocupación está en el establecimiento de un control de constitucionalidad que, no obstante el diálogo entre todos los intérpretes del derecho, hay que dirimirlo por una autoridad constitucional, el Tribunal Constitucional.

Lo que se percibe es que el iusnaturalismo realmente constituye un punto de referencia para muchas de las concepciones neoconstitucionalistas, principalmente en lo que se refiere a la preocupación sobre cuál debe ser el contenido del derecho. Esa preocupación efectivamente se reprodujo en el neoconstitucionalismo cuando surgió en reacción al derecho puramente formal decurrente del Estado legislativo. A pesar de esa inspiración iusnaturalista atribuible al neoconstitucionalismo, el hecho de que esa teoría contemporánea niegue inminentemente el dualismo, la existencia de un derecho natural y la presencia de cualesquiera criterios metafísicos como esenciales a la definición de lo jurídico, nos parece posible concluir que es inviable la afirmación de que una postura neoconstitucionalista implica un retorno del iusnaturalismo como teoría del derecho. Como hemos desarrollado en esta investigación, parece absolutamente equivocado que se haga cualquier asociación entre neoconstitucionalismo e iusnaturalismo que no sea la mera preocupación por el desarrollo de contenidos materiales dentro de los sistemas jurídicos.

Además, si consideramos el campo específico de la Teoría del derecho y la posibilidad de que el iusnaturalismo constituya una teoría del derecho adecuada para explicar el fenómeno del neoconstitucionalismo en los sistemas jurídicos, más razones se suman a las antes mencionadas. Como hemos apuntado, siempre fue cuestión central del modelo iusnaturalista la preocupación por el contenido del derecho. Dicha centralidad en su teoría ha sido siempre el objeto de las críticas formuladas por el positivismo jurídico que, en verdad, buscaba contestar a la pregunta sobre qué es el derecho e identificar criterios de juridicidad. Por eso consideramos, en alguna medida, injusto confrontar el iusnaturalismo con el positivismo jurídico como teorías de derecho, porque se puede afirmar que una

verdadera teoría del derecho, de carácter meramente descriptivo, sólo existe partiendo del positivismo jurídico.

Por ello, parece inadecuado criticar el iusnaturalismo como teoría del derecho cuando, en verdad, su mayor preocupación estaba en la definición del contenido del derecho. Es posible decir que el iusnaturalismo solamente puede ser considerado como predecesor del positivismo jurídico porque carece de una teoría del derecho, siendo su actuación descriptiva del sistema un mero accesorio a su preocupación principal de vincular el derecho a determinados contenidos.

Así, nos parece posible afirmar, basados en todo lo que hemos tratado en el análisis del iusnaturalismo, que constituye una referencia, una teoría cuyo estudio ayuda mucho a la comprensión del neoconstitucionalismo. Sin embargo, a causa del avance del derecho como ciencia en los últimos siglos, no parece posible sostener el retorno del iusnaturalismo como teoría del derecho propia para explicar el neoconstitucionalismo, porque definitivamente se han superado muchas de las bases sobre las que se funda la teoría iusnaturalista, así como la imposibilidad de conjugación de la aceptación de dogmas – expresión máxima de una posición prescriptible – con una ciencia que se propone explicar el funcionamiento de ordenamientos jurídicos desde una postura descriptiva.

De este modo, descartada la posibilidad de utilizar el iusnaturalismo como una teoría del derecho adecuada para el neoconstitucionalismo, se hace necesario un análisis del positivismo jurídico y su compatibilidad con el modelo de derecho contemporáneo. Para ello, hemos intentado presentar una breve reconstrucción histórica de algunas de las principales ideas positivistas, con la finalidad de hacer una comparación entre ellas y, con eso, aclarar las considerables diferencias que esas teorías presentan entre sí. Las alteraciones que se observan en las concepciones positivistas no reflejan más que los cambios que sufrió el propio derecho. A lo largo de la evolución de esas diversas teorías que se presentan bajo el rótulo de positivistas, se destaca cada vez más la adopción de un método descriptivo, lo contrario de posiciones ideológicas presentes en sus primeras concepciones. Ello se explica por la adopción de una postura más científica en relación con la tarea de explicación del derecho, diferente de las primeras concepciones positivistas, que se caracterizaban por la presencia de una ideología, a causa de la necesidad de confrontar su modelo jurídico con la propuesta

iusnaturalista hasta entonces dominante. Cumplida la tarea de consolidación de un pensamiento jurídico que consagra las fuentes oficiales del derecho, fue posible que los teóricos iuspositivistas se dedicaran a una concepción más descriptiva del sistema jurídico.

A pesar de que las diversas concepciones reunidas bajo el título de positivistas y que concibieron el derecho bajo diferentes puntos de vista, alternaron posicionamientos considerablemente diversos sobre las fuentes del derecho, del proceso de producción de normas y de la actividad de los intérpretes, ninguna de ellas ha dejado de defender las principales tesis alrededor de las que gira el pensamiento positivista: la defensa de la separación entre derecho y moral y las fuentes oficiales del derecho.

Otro punto relevante a la hora de comparar la evolución de las teorías positivistas es el de demostrar que no siempre las críticas hechas al positivismo jurídico por parte de sus críticos toman como punto de referencia las versiones actuales del positivismo. Hay también algunas otras obsoletas, formuladas con la intención de explicar un derecho que ya no existe. Es el caso, por ejemplo, de la presencia de normas de estructura abierta (*open texture*), del reconocimiento de principios en la cumbre de los ordenamientos jurídicos, de la idea de ley como única fuente del derecho, con la actividad automática de interpretación, etc. De esa forma, pretendemos aclarar que el positivismo se recicló y evolucionó para explicar el derecho que se presenta actualmente, tarea que siempre pretendió llevar a cabo. A pesar de esta actualización, no deja de defender sus tesis principales.

A partir de los cambios que se observan en el modo de actuar de los operadores jurídicos, se percibe una gran aproximación entre sistemas que hasta hace poco tiempo eran considerados como absolutamente contrapuestos. Con la consideración por la práctica jurídica del carácter normativo de las constituciones, aumenta sensiblemente la participación de la interpretación como fuente del derecho – sea en la construcción de sentido como normas de estructura abierta, sea en la imposición de límites materiales al legislador-. Ese proceso resultó aproximando las concepciones jurídicas europeo-continental y anglosajona, de forma que muchas de las teorías presentes en la última penetraron de manera definitiva en el derecho de tradición europeo-continental.

Entre quienes más han influido en ese proceso hemos destacado a H. L. A. HART, quien propone un concepto de derecho en el que la actividad de los intérpretes ejerce un papel decisivo en la definición de lo jurídico, rompiendo en cierta forma con el absolutismo de la ley. HART consigue explicar la posibilidad de que el sistema acepte criterios morales o abiertos sin dejar de sostener la tesis de la separación entre derecho y moral, es decir, sin dejar de ser positivista. Es desde el *soft positivism* de HART – cuya evolución se debe de algún modo a las críticas hechas por R. DWORKIN, a las que HART se empeñó en contestar – del que parte el positivismo incorporacionista.

Al admitir la presencia de criterios indeterminados en las normas jurídicas o incluso en la regla de reconocimiento, los que pueden tener referencia en términos morales, el positivismo incorporacionista se actualiza en la búsqueda de una explicación más adecuada al derecho actual, principalmente ante el reconocimiento, por parte de los operadores jurídicos, de un carácter normativo de la constitución, que aporta un nuevo parámetro material de validez a las normas jurídicas. Entre las modificaciones en el escenario jurídico determinadas por la concepción normativa de constitución y del reconocimiento de criterios materiales de control de la validez, se destaca la pérdida de la hegemonía de la ley como fuente de derecho, abriendo espacio a otras fuentes, como es el caso de la interpretación jurídica. Es, por tanto, en la propia práctica judicial donde el derecho se recicla y encuentra otras fuentes y se le posibilita la apertura de puentes, como la discusión sobre la incorporación de términos morales, por ejemplo. A partir de una nueva fuente de producción jurídica – la práctica judicial –, se destaca el papel de la teoría del lenguaje y de la argumentación, ya que los términos indeterminados o abiertos, presentes en los ordenamientos, acaban adquiriendo sentidos propios dentro del sistema, que pueden ser algo distintos de su sentido originario fuera del derecho. A causa de eso, la teoría positivista se muestra precavida en cuanto a una conexión directa con la moral, tratando la definición de sentido de los términos más como un problema lingüístico, convergencia y autoridad, que como propiamente una confusión de criterios jurídicos con morales.

De esa forma, se desmitifica esa denunciada invasión por parte de la moral en los sistemas jurídicos, aun cuando se pueda reconocer la existencia de términos correspondientes en el derecho y en la moral. Tanto la posibilidad de incorporación

de esos contenidos como el sentido jurídico que tendrán, dependen exclusivamente de criterios jurídicos. Pueden, como ya hemos apuntado, adquirir contenido propio en el mundo jurídico, que no tendrá necesariamente correspondencia en la moral. Aún en ese punto, es importante verificar que el grado de compromiso del sentido jurídico de esos términos con su sentido originario es lo que acaba por distinguir las versiones excluyente e inclusiva del positivismo jurídico. Se puede afirmar que la diferencia que presentan posee contornos de carácter más ideológico que propiamente descriptivo.

Si comparamos esa aceptación de la presencia de la moral de parte del positivismo incorporacionista con el iusnaturalismo, las diferencias son evidentes. En primer lugar, se puede decir que sufren un corte cuantitativo, ya que solamente las materias que obedezcan a criterios de reconocimiento definidos en las reglas jurídicas podrán ser incorporadas por el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, incluso los términos con correspondencia moral incorporados sufren – o pueden sufrir - una reducción cualitativa, en el sentido de que solamente le interesa al derecho el sentido lingüístico adquirido dentro del sistema. Esa es la diferencia, por tanto, entre una concepción esencialista y una convencionalista. Mientras una posición esencialista propone una relación necesaria entre el concepto y la realidad, de forma que las palabras no serían más que meros vehículos de los conceptos, para los convencionalistas, existe la posibilidad de elegir determinados símbolos para expresar conceptos convencionales, que no necesariamente harán referencia a la realidad. Al adoptar una postura convencionalista para explicar el modo de incorporación de términos con correspondencia en la moral, donde esa incorporación depende de lo previsto en normas secundarias y el sentido está sujeto a la autoridad, convergencia y cuestiones jerárquicas, el positivismo incorporacionista es capaz de mantener una teoría positivista para explicar criterios materiales y abiertos presentes en los ordenamientos, lo que es indispensable para la explicación del derecho actual, sin confundir con el argumento iusnaturalista.

Por otro lado, el reconocimiento de que algunos de los valores incorporados por el sistema cuentan con correspondencia en la moral, hace posible que parte de esa doctrina positivista sostenga que la atribución de un sentido jurídico a esos términos queda, de alguna forma, limitada por ese concepto intrínseco del valor, de modo que éste no puede adquirir *cualquier sentido* en el derecho. Será este, por

tanto, el rasgo distintivo entre el positivismo excluyente y el inclusivo, el que hace más referencia a la teoría de la argumentación que propiamente a la Teoría del derecho. Mientras la posición excluyente sostiene que solamente criterios de autoridad son suficientes para describir el derecho y que el sentido que los valores poseen fuera del sistema jurídico no interesa al derecho, el positivismo inclusivo no deja de reconocer los mismos criterios de definición de lo jurídico pero, influido por la Hermenéutica y la Lingüística, defiende que el significado jurídico no puede ser *cualquier significado*, sino un significado *al menos compatible* con el concepto original del valor.

La adopción de una postura absolutamente excluyente presenta algunas dificultades de aceptación en la comunidad jurídica actual, porque parece incurrir en el mismo error cometido por el *legicentrismo* de reducir las fuentes del derecho a una sola fuente, en nombre de una seguridad no compatible con el proceso dialéctico del derecho. Sin embargo, deja al derecho, al menos en su aspecto externo (crítico), sujeto a *cualquier moral*, algo de lo que la sociedad a la que debe servir ya ha tenido pésimas experiencias en un pasado reciente. De esa forma, nos parece adecuado que una posición incorporacionista presente algunas ventajas frente a la posición excluyente (aunque sean prácticamente idénticas como Teoría del derecho), precisamente porque consigue presentar un punto intermedio entre posiciones extremas contrapuestas, neutralizando muchas de las críticas antipositivistas al mismo tiempo que mantiene una Teoría del derecho coherente.

Así pues, si la incompatibilidad de la concepción positivista con la concepción neoconstitucionalista estriba en la dificultad de conciliar la tesis de la separación entre el derecho y la moral con los contenidos materiales de las constituciones, tenemos que tales críticas han sido superadas por las versiones más actualizadas del positivismo jurídico, principalmente el incluyente. Según esta concepción, resulta factible la presencia de contenidos materiales en las constituciones, tanto que estos contenidos constituyen fuente formal del derecho. Además, aunque se incorporen otros contenidos, solamente lo podrán hacer a través de las fuentes formales, es decir, la autoridad. De este modo, la única moral que interesa al derecho es la moral incorporada, que ya no es más moral, sino derecho. Esta institucionalización de criterios morales permite al positivismo jurídico continuar sosteniendo su tesis de la separación y, al mismo tiempo, describiendo el funcionamiento de sistemas jurídicos

que incorporan criterios materiales asociados a criterios morales. Así, es posible verificar que el positivismo jurídico continúa siendo una teoría adecuada para explicar tanto el derecho tradicional como el derecho que incorpora las teorías neoconstitucionalistas.

Además, se mantiene la actualidad del positivismo jurídico principalmente en razón de que sus críticos no han llegado a formular una Teoría del derecho capaz de sustituir al positivismo. Incluso aquellos que intentan defender el neoconstitucionalismo como una Teoría del derecho propia, no consiguen mantener la postura descriptiva y científica necesaria para configurar una Teoría del derecho. Como ya hemos expuesto, constituye una característica del neoconstitucionalismo su fuerte carácter ideológico, principalmente en el sentido de que impone una actitud activa a los intérpretes así como la obligatoriedad de que las constituciones prevean derechos fundamentales. Así, no parece capaz de explicar los ordenamientos que no presenten dichos requisitos, por lo que se puede afirmar que no constituye una Teoría del derecho suficientemente sólida para sustituir al positivismo jurídico.

Por todas estas razones, sostenemos la total suficiencia de las versiones actuales del positivismo jurídico para explicar el derecho actual, lo que, principalmente a partir de su intercambio con los teóricos de los sistemas del *common law*, ha posibilitado su evolución como Teoría del derecho, cada vez más adoptando una postura descriptiva y eliminando criterios ideológicos, que son extraños a la Teoría del derecho.

Neoconstitucionalismo y democracia

Una vez presentados los argumentos de la Teoría del derecho, donde hemos podido constatar la existencia de teorías más modernas del positivismo jurídico como adecuadas para poder describir el modelo neoconstitucionalista, conviene que establezcamos algunas precisiones con respecto al análisis de otras repercusiones de esta teoría. Por regla general, se defienden doctrinalmente posiciones constitucionalistas respecto a los sistemas jurídicos, surgen críticas en el sentido de que una perspectiva constitucionalista presenta serias restricciones en lo que se refiere a las decisiones democráticas. Ciertamente dichas críticas se deben en gran parte al hecho de que la doctrina constitucionalista rompe, en alguna medida, con la

total dependencia del derecho de su fuente política, la ley, y por ello, con su proceso eminentemente democrático de formación.

Entre los diversos puntos de tensión entre constitucionalismo y democracia, destacamos la posibilidad de que las decisiones del constituyente vinculen a las generaciones futuras, imponiendo barreras a las decisiones de las mayorías – incluso aunque éstas sean temporalmente diversas de aquellas mayorías que legitiman el legislador constitucional –, creando un conflicto entre generaciones contrario a un ideal democrático. Dicho argumento pone de manifiesto una seria confrontación entre las características propias del denominado Estado legislativo, modelo político dominante en los ordenamientos europeo-continenciales a partir del siglo XIX, y el llamado Estado constitucional o Estado democrático de derecho. El primero, fundado en un modelo de soberanía legislativa, a partir del cual la ley se presentaba como fuente hegemónica de derecho, propone claramente una posición de supremacía del legislativo respecto a los demás poderes, ofreciendo a las instituciones políticas poderes prácticamente ilimitados.

En el Estado legislativo es el legislador el responsable de realizar la transición de lo político a lo jurídico, y las virtudes atribuidas a la ley en aquel modelo permiten su consideración como hecho justo y racional y que, por tanto, es expresión correcta de la voluntad del pueblo soberano. La soberanía del pueblo es así transferida a su representante legítimo – el poder legislativo – de manera que le permita cualquier decisión, además de controlar los demás poderes y consagrar la ley como única fuente jurídica. Es esa falta de limitación la que caracteriza un poder que no encuentra ningún otro poder superior o anterior que le pueda condicionar, la que caracteriza propiamente, la idea de soberanía. La misma soberanía que ostenta el monarca en los regímenes absolutistas será transferida, después de la revolución francesa, al parlamento, razón por la que este modelo de Estado fundado eminentemente en la ley como fuente única del derecho, sea conocido como Estado legislativo. En ese modelo de Estado, considerada la soberanía concentrada en el poder legislativo, impera un régimen de separación de poderes jerarquizado y rígido, en sentido de la existencia de una absoluta internalización de las funciones de los poderes, no admitiéndose ninguna interferencia de un poder sobre el otro. El único condicionamiento existente es la ley. En ese contexto, las funciones estatales se

definían, por tanto, desde un criterio eminentemente orgánico, es decir, de acuerdo con el órgano de las que provenía y no por la función en sí.

El modelo de Estado legislativo va siendo mitigado gradualmente a partir de la relevancia que comienza a adoptar su contrapuesto histórico y teórico, el Estado constitucional, principalmente a partir de la comparación con el modelo norteamericano, que inspira a relevantes iusfilósofos, como H. KELSEN, quien formula una Teoría del derecho fundada no en la soberanía del legislador, sino en la constitución. Según el modelo norteamericano, la soberanía popular se refleja en el mundo jurídico a través de la constitución, instrumento apto para regular tanto el ámbito jurídico, como el ámbito político. Extraída la soberanía del poder legislativo, las relaciones entre los poderes parten de una situación de igualdad, de equilibrio, en la que todos son limitados y tienen sus competencias determinadas por la constitución. Con eso, se abre campo a una relación diferenciada entre los poderes. De la misma forma que todos deben actuar –política o jurídicamente– de acuerdo con la constitución, es posible también que ejerzan controles unos en relación con los otros. Así, ningún poder detenta la soberanía, todos son limitados y dotados de competencias, y sus actividades son identificadas según un criterio legal y no orgánico o de proveniencia.

Con respecto al derecho, se invierte en cierta forma la relación fuente-producto entre política y derecho. Si en el Estado legislativo el derecho solamente existía a través de la ley, es decir, si era producto de una decisión política en el Estado constitucional – por el hecho de tener en la constitución su documento político y jurídico máximo, siendo atribución de esta limitar y definir competencias, incluso del proceso político –, tenemos ahora una relación de condicionamiento de la política con respecto al derecho. En el Estado constitucional, por tanto, todas las actividades estatales están condicionadas al derecho, no habiendo espacio a la soberanía de ningún poder.

Otro punto central de nuestro análisis sobre democracia y constitucionalismo parte de la noción de representatividad construida en el Estado legislativo, la que fundamentaba la consideración del legislador como auténtico representante de los intereses del pueblo soberano. Esa presunción establecida en el Estado legislativo tiene su origen en el ideal democrático de J. J. ROUSSEAU. Sin embargo, a partir de la transposición de la doctrina rousseauiana de democracia al modelo francés

revolucionario, se cambia el modelo de democracia directa por el de democracia representativa, como si fueran sinónimos. Desde esa construcción se hace posible convertir la soberanía popular en soberanía legislativa y, con ello, construir la hegemonía de la ley como única fuente de derecho. Por otro lado, con la identificación del acto legislativo con la “voluntad general” de ROUSSEAU, se forma alrededor de la ley un aura de infalibilidad, atribuyéndosele una presunción de racionalidad y justicia que impide cualquier contestación. La ley del Estado legislativo es, por tanto, ilimitable, porque es producto de un poder soberano y, además, no criticable, pues cuenta con una presunción de corrección material. De ahí los motivos de constituir la única fuente de derecho.

Ese mito construido en relación con la ley acaba progresivamente desmontado. Esto se produce desde una serie de factores, sean ellos internos o externos a la producción legislativa, lo que va desmitificando la representatividad de la ley a partir de los intereses generales. Entre estos factores, se hace pertinente destacar la pérdida de importantes características del acto legislativo, tal como la generalidad y la abstracción, en un momento en que cada vez se vuelve más sectorial y sujeta a la presión de grupos organizados, alejándose cada vez más del interés general. Entre los factores externos que provocan lo que se denomina el proceso de crisis de la ley, están los cambios derivados del Estado social, así como la diversificación y complejidad de la actividad administrativa, lo que determina una asunción por el ejecutivo de muchas competencias legislativas así como por la crisis de regulación del propio Estado en determinados campos, tal como la economía, la alteración de ejes de regulación para el ámbito internacional hasta la autorregulación de relaciones por entes paraestatales, como la sociedad organizada.

Además de todos estos factores que acaban influyendo en la decadencia de la presunción de racionalidad y justicia disfrutada por la ley, se acentúa el declive de su credibilidad como instrumento de representación de la “voluntad general”. Y, por si no bastaran todos estos ataques a la posición intocable de la que gozaba la ley, se suma a su proceso de crisis un crecimiento cada vez mayor de las ideas constitucionalistas, poniendo fin al modelo de Estado legislativo, principalmente en sentido de terminar con la hegemonía política en relación con el derecho. De acuerdo con esa nueva perspectiva, la ley continúa siendo considerada como manifestación de la voluntad política actual, pero ya no goza de soberanía. Pasa a

estar condicionada por la constitución y, por consiguiente, a una serie de derechos previstos. Dichos límites son considerados no solamente en la separación de los derechos de la ley, sino también en el ejercicio del control de adecuación de la ley, formal y materialmente, a la constitución. La constitución no sustituye la ley, que continúa ejerciendo un importante papel, sino que está por encima de ésta, regulando la compleja dialéctica que se establece entre todos los poderes estatales en la formación del derecho. Ejemplo de ese modelo diverso es la presencia de principios en los textos constitucionales – ya no como meros programas políticos, sino con carácter normativo -, lo que refuerza la imagen de la constitución como proyecto inacabado en el que el derecho está construido desde la conjugación de intereses contrapuestos, heterogéneos (propios de una sociedad pos-moderna), en un complejo proceso de interpretación del que participan varias fuentes jurídicas y no solamente una, como ocurría en el Estado legislativo.

Podemos afirmar que, descartada la presunción de racionalidad y justicia de la ley, así como la creencia de que sería capaz de revelar una “voluntad general” – que ni siquiera resulta adecuada a la sociedad plural contemporánea -, la ley está sometida por la constitución a una prueba de juridicidad y racionalidad, es decir, de adecuación a los límites formales y materiales previstos en la misma.

A partir de la constatación de todos esos aspectos que distinguen el Estado legislativo del Estado constitucional, consideramos posible un redimensionamiento del concepto de democracia, dado que ya no puede ser considerado como un fin en sí mismo, como la única forma de toma de decisiones que constituyen el derecho. Demanda, esto sí, un sentido mucho más próximo a un procedimiento importante de toma de decisiones políticas, siempre condicionado por las competencias constitucionalmente establecidas para este tipo de decisiones, y que debe ser ejercido de acuerdo con las normas jurídicas que imponen determinados derechos fuera del alcance de la deliberación democrática.

Cuando se parte de un modelo de constitución como marco político y jurídico de un Estado, se hace posible verificar que derecho y política se limitan mutuamente, siendo absolutamente necesaria la legitimación jurídica para la manifestación política. A causa de eso se puede afirmar que el Estado constitucional tiene su foco principal en la idea de competencia y ésta, a su vez, está inexorablemente relacionada con los límites jurídicos. En ese contexto, la

democracia no es modo adecuado de decisión sobre “cualquier” materia, sino sobre “algunas” materias. Es posible, dentro de un contexto constitucional, que importantes decisiones sean delegadas a la competencia de otras instituciones o autoridades no legitimadas por el voto, por ejemplo. Cualquiera que sea la autoridad competente, su decisión tendrá igual valor, pues el criterio constitucional de competencia ya no es político, sino jurídico.

La democracia en el Estado constitucional es, por tanto, un método de decisión política que será ejercido directa o indirectamente, dentro de las competencias conferidas por el ordenamiento jurídico y, de esa forma, está limitado jurídicamente por todas las normas que le son anteriores. Tal concepción, quizás mucho más formalista y positivista, permite comprender algunas deformaciones fácticas que no son debidamente explicadas cuando se considera la democracia como valor en sí mismo. Si la soberanía ya no causa tantos problemas desde su desplazamiento del poder legislativo a la constitución, no se puede afirmar lo mismo acerca de la profunda crisis de representatividad que acompaña al proceso legislativo contemporáneo. Con el escenario político actual dominado por el desinterés del ciudadano, hasta incluso por la propia imposibilidad de participación de éste en gran parte de las decisiones legislativas, el proceso legislativo se ve dominado por la influencia de grupos organizados, los cuales se concentran en la defensa de sus intereses ante el llamado “mercado de las leyes”. Aparte de algunos nuevos controles de la actividad político-representativa -en el caso de asuntos de mayor relevancia -, no se vislumbra una posibilidad de un control o diálogo entre representante y representado, por lo que es prácticamente imposible sostener una mínima presunción de representatividad. En esa línea, nos parece mucho más adecuada la consideración de los llamados “representantes populares” como autoridades dotadas de competencia para la decisión por mayoría (de diputados, no de electores), sobre determinados temas políticos constitucionalmente determinados. De esa manera, se disocia el mito de la “revelación de la voluntad general” del proceso de elaboración de la ley, así como proponen las teorías realista y elitista de las que hemos tratado en nuestra investigación.

Sin embargo, debido a la pérdida de la “presunción de racionalidad” y de la institución de mecanismos de control jurídico de las decisiones políticas a partir de la atribución de competencias a autoridades políticamente neutras, parece posible

sostener un concepto de democracia más positivo, analítico y procedimental, que se adecua perfectamente al modelo de “frenos y contrapesos” que caracteriza al Estado constitucional. Será en el diálogo constante entre voluntad y razón, entre político y jurídico, entre ley y derechos, como se construya un concepto contemporáneo de democracia, de democracia constitucional. Con el redimensionamiento del proceso democrático, tal como ocurrió con la ley y con el propio concepto de separación de poderes, se hace perfectamente posible la convivencia entre democracia y constitucionalismo, pudiéndose afirmar incluso que la primera es un aspecto esencial del segundo.

El problema que se presenta, en nuestra opinión, está en el hecho de que en la tarea de analizar la juricidad de decisiones políticas, los intérpretes – sean ellos pertenecientes al poder judicial u otros órganos, así como a los tribunales constitucionales – frecuentemente se enfrentan a conceptos políticos corriendo el riesgo de que, en nombre de un control de constitucionalidad, impongan sus propias convicciones políticas, para lo que no estarían democráticamente legitimados. Dicho problema, conocido como activismo judicial, es grave en determinados ordenamientos. El problema, en nuestra opinión, radica en la necesidad de construir una sólida cultura constitucional. El constitucionalismo se propone equilibrar los poderes estatales, de forma que no mantengan una relación jerarquizada, así como organizar una división de competencias de forma que atribuya tareas preferenciales a cada poder. Una concienciación y la asunción de un compromiso con tales ideales parecen suficientes para producir en el juzgador motivos para respetar competencias ajenas, a pesar de que discrepe de las mismas. Dicho criterio, esencial al constitucionalismo, es conocido por la doctrina norteamericana como “*self-restraint*” y lo hemos abordado en esta investigación como “*institutional justiciability*”, partiendo de la teoría de Aharon BARAK.

Así, nos parece posible afirmar que el neoconstitucionalismo influye decisivamente en la concepción clásica de decisión democrática. Al centralizar el ordenamiento en la constitución, se permite la consideración de la decisión democrática como una decisión cuya competencia y procedimiento están previstos en la constitución y que, a causa de esto, se debe someter a los ritos y limitaciones materiales en ella contenidos. Si es verdad que se puede considerar el proceso democrático constitucional anterior a la constitución, cuando ésta comienza a existir,

todo el proceso de decisión democrática que regula, pasa a ser subordinado a la constitución, por lo que se hace posible exigir límites materiales. Así, se puede afirmar que, partiendo del neoconstitucionalismo, se altera la concepción de democracia como modo soberano de decisión, que no encuentra límites jurídicos o políticos. La decisión democrática sometida a la constitución es limitada y controlable, de manera que está restringida a los contenidos que la constitución establece competencia a los órganos democráticamente legitimados.

Dependiendo del grado de adopción de las teorías neoconstitucionalistas por un determinado ordenamiento, se puede comprobar la posibilidad de control de la decisión democrática no solamente en relación con lo que es posible o no decidir, sino también en relación con lo que es posible o no “no decidir”. De esa manera, el control de la omisión legislativa permite una nueva concepción a los derechos sociales prestacionales, que ya no pueden ser concebidos como absolutamente dependientes del acto legislativo. Una vez reconocida la omisión inconstitucional, sería posible al intérprete ingresar en campos políticos, complementando lo que el legislador ha dejado de decidir.

En relación con el campo político, se comprueba que desde el neoconstitucionalismo, éste se altera considerablemente. Cuando todas las decisiones pueden ser objeto de regulación constitucional – si no materialmente, por competencia – se puede percibir que le es inexorable a la jurisdicción constitucional ocuparse de asuntos políticos. Dicho hecho inaugura una forma distinta de relación entre los poderes, que es conflictiva en muchos aspectos, ya que se caracteriza por un constante proceso de tensión y negociación mutua, lo que viene a ser consagrado como sistema del *check and balances*. Dicha modificación altera profundamente el sistema de relación entre los poderes, de manera que se hace más difícil identificar lo que viene a ser efectivamente una violación del principio de separación de los poderes, esencial a cualquier sistema jurídico. Lo que se puede afirmar es que ese límite de separación es cada vez más tenue, caracterizándose por un incesante diálogo entre los poderes en la realización de las tareas constitucionales.

Por eso se explica la posibilidad de que el juez ingrese en materias políticas o de que la inercia legislativa sea objeto de control de constitucionalidad. Pero el gran cuidado estará en la necesidad de una consciencia de parte del responsable de la

jurisdicción constitucional en relación con el ejercicio de esas nuevas competencias, atribuidas a la actividad judicial en el régimen constitucionalista y en su inserción como relevante fuente de derecho, así como el respeto en relación con las competencias políticas del poder legislativo. Desde que la jurisprudencia se configura como una relevante fuente de derecho, hay que tener presente la jerarquía judicial en lo que se refiere a la atribución de sentido a principios y a normas de contenido abierto presentes en la constitución. Solamente así se hace posible el mantenimiento de la función epistémica del derecho. Además, aporta una neutralización de la crítica del activismo judicial o, al menos, a su concentración en el tribunal de más alta jerarquía.

Neoconstitucionalismo y teoría de la norma

Si la reformulación de algunas teorías democráticas proporciona una vinculación del legislador con los derechos, dando sólidas bases a la doctrina que sostiene el control de la constitucionalidad, será en la teoría de la interpretación donde el neoconstitucionalismo buscará argumentos para sostener el carácter normativo de la constitución y, con esto, la posibilidad de aplicación directa de sus normas, aunque adopten la forma de principios.

Constituye característica fundamental del neoconstitucionalismo el énfasis en las posibilidades normativas de los principios, que serían normas que no presentarían la estructura convencional de reglas, o sea, la presencia de un supuesto fáctico relacionado con una consecuencia jurídica predeterminada partiendo de un nexo causal. Esas estructuras normativas se caracterizan por la presencia de una carga valorativa muy superior a la de las reglas, porque se refieren directamente a la protección de determinado bien jurídico. Desde su supuesto fáctico amplio, que no trata de una situación jurídica específica, dichas normas alcanzan una cantidad mucho mayor de situaciones jurídicas.

Por otro lado, esa generalidad que les permite un alcance a un mayor número de situaciones compensa alguna debilidad en la consecuencia jurídica que demandan. En general, lo que caracteriza un principio jurídico es exactamente la ausencia de esa solución jurídica. Para que se pueda suplir esa ausencia de una consecuencia jurídica predispuesta, se necesita la intervención legislativa

complementando dichas normas, o la creación de una solución adecuada a un caso concreto por el intérprete, de acuerdo con las circunstancias constantes del caso que se le presente. En relación con la incidencia de principios en un caso concreto, se observa que a diferencia de de las reglas, que alejan otras que le sean en contra, la aplicación de los principios se caracteriza por la composición con otros principios que le sean en contra, proceso interpretativo conocido como ponderación.

Considerando las características de los principios, así como la polémica que involucra su aplicación, se puede decir que la discusión presente en relación con la aplicabilidad de los principios reproduce, dentro de la teoría de la norma, la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales. A causa de la imposibilidad de que dichas normas apunten a una solución definitiva, ya que dependen de una situación concreta, así como por su modo gradual de cumplimiento, se verifican los motivos por los que los derechos sociales prestacionales están previstos partiéndose de principios.

Así, se puede concluir, en este punto, que a causa de los principios jurídicos, además del hecho de que poseen características que los distinguen de la estructura tradicional de reglas, demandan un proceso de aplicación muy distinto de éstas. El modo de aplicación de los principios – la ponderación – exige las consideraciones de las circunstancias fácticas propias del caso concreto, exigiendo del intérprete, por regla general, que construya una solución adecuada de acuerdo con las circunstancias y los principios en pauta en el proceso de ponderación.

Por ello la presencia del fuerte carácter ideológico de la doctrina neoconstitucionalista, que exige del intérprete esa postura activa en el sentido de que, cuando falte una regla incidente sobre el caso concreto, construya una solución adecuada a todos los principios incidentes en el proceso de ponderación. La solución prevista por el intérprete será conocida por regla de ponderación.

Pero hay que observar que los principios no constituyen razones definitivas para la aplicación en determinado sentido. Por eso, funcionan de manera totalmente distinta de las reglas, que siguen el método de aplicación *todo o nada*. Habiendo una regla válida que tutele una situación jurídica, ésta es la que debe ser aplicada, lo que explica la prioridad de aplicación de los derechos sociales prestacionales de acuerdo con las soluciones legislativas previstas. Sin embargo, ante la ausencia de esa regla válida para el caso concreto, nada impide que el intérprete construya una solución

para el caso concreto. Es por eso que se afirma que los principios poseen un modo gradual de aplicación.

De esa manera, hay que considerar las distinciones entre principios y reglas. Esas diferencias pueden cambiar desde su enunciado normativo hasta su forma de aplicación. La consideración de la aplicabilidad directa en relación con los principios dependerá, pues, de una postura activa del intérprete en sentido de construir la solución que el enunciado del principio deja “en abierto”, por lo que se puede concluir que demanda la asunción de un compromiso ideológico por parte del juzgador. Es de esa opción de conferir efectos jurídicos directos a los principios que se resume la discusión alrededor de la aplicabilidad sobre los derechos sociales prestacionales. En relación con la teoría de la norma, dicha práctica es perfectamente posible si consideramos las posibilidades conferidas al intérprete por el proceso de ponderación.

Neoconstitucionalismo y derechos sociales prestacionales

En el último capítulo de la presente investigación fue objeto de análisis su punto principal: los derechos sociales prestacionales. Como verificado, los derechos sociales aparecen en el escenario jurídico y social en período considerablemente posterior a los clásicos derechos de libertad. En realidad, lo que se comprueba es que esos derechos están creados con el propósito de tutelar situaciones que los propios derechos de libertad no han conseguido resolver. Por tanto, resultan de la constatación de la insuficiencia de derechos fundados meramente en la igualdad formal, que pasa a dejar de ser suficiente para contentar a todos los grupos sociales, principalmente aquellos en situación de inferioridad económica y cultural.

Serán los derechos sociales, por lo tanto, derechos fundados en la necesidad interventora del Estado así como en la solidaridad social. A causa de su amplia diversidad, porque deben atender a una cantidad infinita de situaciones sociales de desigualdad y que demandan alguna intervención, los derechos sociales asumen distintas formas. Primeramente, podemos considerar los que revisan la tutela de desigualdades a través del establecimiento de prestaciones normativas, caracterizándose en la actividad interventora estatal por excelencia. De entre esos derechos, destaca la intervención del Estado en las situaciones de desequilibrio

económico presente en las relaciones laborales. Esa actividad de intervención constituye ejemplo máximo de los derechos sociales a prestaciones normativas.

Sin embargo, no toda intervención social puede ser resuelta desde la intervención estatal clásica, o sea, en forma de previsiones normativas que vinculen las relaciones privadas. Hay casos, y no son pocos, en los que está demandada la intervención estatal en forma de suministro de bienes materiales o servicios de asistencia, a los que una parte de la población no tiene acceso por falta de posibilidades financieras para adquirirlos, o incluso por su propia inexistencia en el mercado. Se puede decir que ese tipo de prestación fue evolucionando con el paso del tiempo, siendo cada vez más demandado por parte del Estado un nivel mayor de exigencia en la viabilidad del acceso a dichos bienes. Si inicialmente esa actividad se resumía en la organización de servicios de previsión social, de asistencia sanitaria o de la realización de obras de infraestructura, hoy se puede verificar un crecimiento siempre mayor de las posibilidades disponibles de servicios que se pueden considerar esenciales. Ejemplo más claro de dichas prestaciones consiste en el acceso a tratamientos médicos en los que, además de la gravedad del bien jurídico involucrado - la vida humana -, se observa un número muy amplio de prestaciones posibles disponibles, dificultando bastante la evaluación sobre lo que está o no exigido de la solidaridad social en esos casos.

Es precisamente de los derechos que involucran esas prestaciones materiales, los llamados derechos sociales prestacionales, de los que nos ocupamos en esta investigación. Por su complejidad material, podemos afirmar que la aplicación de esos derechos constituye uno de los desafíos más relevantes presentados al derecho en los últimos tiempos. Además, esos derechos reflejan exactamente el fenómeno hasta aquí estudiado, el neoconstitucionalismo, pues vehiculan valores fundamentales de los ordenamientos, tales como la vida y dignidad humanas, así como cuestiones de igualdad formal y material, posibilitando, en cada caso, intrincadas discusiones sobre el papel del intérprete en la concretización y tutela de dichos valores constitucionalmente consagrados.

Además, involucran cuestiones en relación con elecciones políticas, de manera que en todos los casos en los que está discutida su aplicabilidad se pone en evidencia la discusión sobre separación de los poderes y los límites de la actividad judicial y de concretización de la constitución. Por fin, se verifica que son derechos

vehiculados en forma de principios. Dicha forma normativa que adoptan está plenamente justificada en la medida que involucran casos concretos, totalmente relacionados con cuestiones de hecho, cambiando de acuerdo a la situación social de las partes involucradas. De esa manera, no admiten su mera sumisión a consecuencias jurídicas listas, demandando un análisis casual que solamente los principios propician. Por eso se puede decir también que sufren el problema de aplicabilidad propio de cualquier principio.

Así, entendemos que la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales constituye tarea tan compleja en el derecho, que demanda un análisis del fenómeno jurídico en su más amplia extensión. Además, representan en su aplicación todas las discusiones jurídicas actuales establecidas en la Teoría del derecho, en la Teoría del Estado y en la Teoría de la norma, las que se establecen a causa del fenómeno del llamado neoconstitucionalismo. Entendemos que los derechos sociales prestacionales constituyen el perfecto método de aplicación y estudio de la doctrina neoconstitucionalista de manera que, comprendiendo las alteraciones propuestas por el neoconstitucionalismo en el escenario jurídico contemporáneo, seguramente resulta más fácil comprender los criterios de aplicabilidad conferidos a los derechos sociales prestacionales en los más distintos ordenamientos jurídicos citados en ésa investigación.

De este modo, analizando los derechos sociales prestacionales, comprobamos que se destacan por su indeterminabilidad *a priori*, en lo que se refiere a la prestación concreta que demandan, pero también por su carácter subsidiario. Son derechos creados para suplir deficiencias o demandas en áreas no alcanzadas por otros derechos o incluso situaciones en las que, por falta de recursos materiales, algunas personas no tienen la misma capacidad de goce de derechos de libertad que el promedio de los ciudadanos de determinado grupo social. Si por un lado esos derechos vienen vehiculados desde normas con un grado considerable de indeterminabilidad, por otro tenemos que el examen de sus características ayuda mucho a la definición de qué prestaciones son exigibles y quién posee el derecho de exigir prestaciones subjetivas del Estado, auxiliando mucho al intérprete en el caso de decisión por su aplicabilidad directa.

Siendo derechos fundados en la solidaridad social, se verifica que no siguen la misma lógica aplicable a los derechos de libertad. Como hemos visto, dichos

derechos tienen característica subsidiaria, debiendo actuar cuando sea imposible el goce de derechos clásicos por ausencia de condiciones materiales. Por tanto, tienen fuerte relación con la dignidad humana, ya que, siendo consagrada la igualdad de los ciudadanos en dignidad, no se puede admitir que en determinado grupo social algunos miembros sean excluidos a causa de ausencia de medios materiales, cabiendo, en esos casos, la intervención estatal en la regulación de dichas conductas cuando hayan sido violados parámetros mínimos de dignidad. De la misma manera, se puede notar la clara relación de esos derechos con la igualdad material, de forma que aquí hay notable evolución en relación con la igualdad normativa propia del periodo liberal, avanzándose en dirección a una igualdad fáctica en parámetros mínimos de manera que, cuando no se alcanzan dichos parámetros, se justifica la actuación estatal, aunque sea en sentido de alcanzar prestaciones materiales.

Bajo esa perspectiva, se puede apreciar que, a pesar de la posibilidad del reconocimiento de derechos sociales prestacionales por parte del Estado en padrón que esté por encima de lo mínimo indispensable, lo que aquí se busca exponer es que, en ese caso, se trata de una opción política de determinado ordenamiento. Lo que se discute en relación con la aplicabilidad directa de dichos derechos es la posibilidad de reconocimiento individual cuando haya violación de ese padrón mínimo, cosa que es absolutamente diversa. El primer caso – donde hay clara opción política – se suele llamar aplicabilidad indirecta o mediata, ya que la norma constitucional sufre la intermediación de una norma infraconstitucional. En el caso de su aplicabilidad directa, ésta actúa a razón de la propia ausencia de esa norma integradora, motivo por el cual es altamente cuestionable la posibilidad del juzgador de tomar dicha decisión política. Sin embargo, en esos casos estaremos tratando de derechos completamente integrados en las características de dignidad, de situación social del ciudadano, de igualdad material y de integración social ya no sólo en el plano político o programático, sino también como normas directamente vinculantes del plano jurídico.

No se hace necesario mencionar que esa aplicabilidad directa trae una serie de consecuencias que necesitan ser muy bien analizadas por la doctrina y práctica judiciales. En dicho sentido, es pródiga la doctrina cuando apunta obstáculos muy distintos en el sentido de que la aplicación directa de derechos sociales

prestacionales constituye una subversión de la técnica jurídica, que viola una serie de normas constitucionales y que puede llevar los sistemas jurídicos al caos lógico y teórico. Por lo tanto, se destaca que las normas que vehiculan derechos sociales prestacionales son normas incompletas, ya que vienen vehiculadas a través de principios jurídicos. Para que se transformen en derechos subjetivos pronto exigibles les falta mayor definición del objeto que demandan y de la consecuencia jurídica, especificación ésta que solamente la ley le puede dar. Por otro lado, consisten en normas para el legislador, pues apuntan a un fin cuyos medios y prioridades solamente se pueden desarrollar por posiciones políticas, las que consisten en competencias propias de los órganos legitimados democráticamente. Su examen judicial constituye un atentado en contra de la democracia, pues los órganos jurisdiccionales se caracterizan por una posición neutra, incompatible con decisiones políticas.

Sin embargo, como quedó demostrado en los primeros capítulos de esta investigación, el neoconstitucionalismo y todas las nuevas dimensiones que confiere al derecho, ha proporcionado nuevos argumentos jurídicos a los defensores de la aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales. Así, el reconocimiento del derecho como práctica social ha abierto nuevas perspectivas a la fuente judicial del derecho, permitiendo que términos abiertos que antes necesitaban una lectura legislativa pudiesen tener su sentido jurídico atribuido por la propia práctica jurídica, permitiendo así que el proceso interpretativo obtuviese una independencia de las fuentes tradicionales del derecho. Se reconoce que sí hay derecho fuera de la ley. Igualmente, la evolución a un concepto de democracia constitucional permite comprender que el proceso de interpretación también es un proceso en el que puede haber decisiones políticas, de modo que son posibles, en algunos casos, debates políticos dentro de estructuras judiciales, así como se dan debates jurídicos naturalmente dentro de estructuras legislativas o administrativas.

La conjugación de una postura más activa por parte de los intérpretes, conjugada con una evolución de la Teoría del derecho y de la teoría de la interpretación, ha llevado, en muchos casos, al reconocimiento de fuertes argumentos en favor de la aplicación de los derechos sociales prestacionales, siendo siempre más crecientes en la doctrina los posicionamientos en ese sentido. De la misma forma, la necesidad de tutela de una serie de situaciones donde se

implica la aplicación de derechos sociales prestacionales, ha llevado constantemente a que los tribunales se manifiesten políticamente sobre omisiones legislativas, prioridades públicas, verificándose una serie de situaciones en las que hay conflictos explícitos sobre los argumentos en contra y a favor de la aplicación de dichos derechos.

Así pues, ante lo analizado, parece muy claro que la discusión sobre la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales no es más que el reflejo de la introducción del movimiento denominado neoconstitucionalismo en los más diversos ordenamientos jurídicos. Las discusiones que se establecen en su aplicación directa son, por fin, mera reproducción de las discusiones sobre los cambios de actitud que el neoconstitucionalismo le propone al derecho. Así, nos parece posible concluir que la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales la podemos considerar como expresión y grado de medida de la adopción de teorías propias del llamado neoconstitucionalismo en los sistemas jurídicos.

Esa posición está directamente relacionada con una actitud del intérprete. Como hemos visto, los argumentos jurídicos defendidos por el neoconstitucionalismo son absolutamente sostenibles y coherentes, así como lo son también los argumentos en contra. A través de la evolución de la Teoría del derecho – principalmente el positivismo jurídico – de un carácter prescriptivo a una postura absolutamente descriptiva, pensamos que no existe, en ese punto, ningún demérito de un sistema que adopte una postura más favorable a la aplicación directa de derechos sociales prestacionales o de ordenamientos que mantengan una postura más convencional.

Nos parece, y ahí radica la gran importancia de la Teoría del derecho, que esa no es una decisión meramente jurídica. Cuando demostramos que la adopción del neoconstitucionalismo está en la adopción de una postura distinta por parte del intérprete en relación con la actividad judicial y a posibilidades normativas de los principios, se puede concluir que esa actitud puede ser considerada una postura política por parte de los juzgadores, es decir, una postura ideológica. Dicha postura, aunque se quiera influir por argumentos jurídicos, considerando la posición de los Tribunales Constitucionales como órgano último de interpretación constitucional, constituirá, sí, una posición política, ya que está libre de cualquier posibilidad de revisión.

Así, nos permitimos concluir que es perfectamente legítima tanto la adopción de una postura más favorable como una restrictiva en relación con la aplicación de los derechos sociales prestacionales. En los casos estudiados, se puede verificar que esa postura está determinada no sólo por la tradición jurídica, sino también por el grado de presión social ejercido en los Tribunales Constitucionales. Países como Brasil y Argentina, por ejemplo, acaban reconociendo mayor grado de aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales porque las situaciones que se someten en casos concretos permiten mayor grado de exigencia judicial. Cuando los demás poderes fallan y la apelación social es mayor, más probable será una decisión política por parte del Tribunal Constitucional en sentido de presionar los poderes responsables de la realización de políticas sociales. Además, razones culturales pueden influir decisivamente, como es el caso de la línea de decisión adoptada por el Tribunal Constitucional alemán. También la influencia del constitucionalismo estadounidense en ordenamientos con control de constitucionalidad difuso, como es el caso de Brasil, puede contribuir a la adopción de postura judicial más activa. Igualmente, pero por motivos inversos, ordenamientos como el español o el italiano prefieren no reconocer aplicabilidad directa a esos derechos, sea por la realización en grado más avanzado de un Estado social, que acabó reduciendo las posibilidades de encontrar situaciones de riesgo social extremo, sea por una tradición jurídico-cultural de obstinación por las decisiones legislativas y una relativa postura apolítica de los jueces y Tribunales Constitucionales.

Dicha perspectiva también permite comprender otros puntos abordados con frecuencia en discusiones sobre el tema. La primera de ellas es la que se refiere al hecho de que, aunque varios derechos sociales prestacionales cuenten con la misma previsión normativa constitucional, sólo algunos tienen su aplicabilidad directa reconocida. Ello ocurre porque, como se trata de una postura política del Tribunal Constitucional, se hace evidente la posibilidad de que éste elija algunas prioridades, sin que esté vinculado al reconocimiento general. Un análisis meramente jurídico o basado, por ejemplo, en las posibilidades normativas de los principios, no permitiría explicar la aplicabilidad directa del derecho a la salud en Brasil y el no reconocimiento de las mismas posibilidades jurídicas al derecho a la vivienda. Igualmente, llevaría a un demérito de la doctrina brasileña de parte de un

estudioso español, que estaría constreñido a sostener la imposibilidad de aplicación de un principio sin que exista la intermediación del legislador.

Esto nos parece extremadamente importante para verificar que, en realidad, las discusiones que se traban en la doctrina actual – con argumentos favorables y en contra de la aplicación de los derechos sociales prestacionales – no son más que una discusión ideológica sobre la adopción de una posición política por parte de los tribunales en relación con algunos derechos. Y no hay ningún demérito en tratarlo así. Igualmente ocurre, por ejemplo, con el reconocimiento de la aplicabilidad directa de esos derechos en España, donde de acuerdo con los datos sociales, beneficiaría a una parte mayor de extranjeros que a los propios españoles, así que las presiones del tribunal para reconocer dicha posibilidad resultan disminuidas. De la misma forma, el verdadero caos en la prestación de la salud pública en Brasil determinó desde hace algún tiempo que hubiese un cambio claro del Supremo Tribunal Federal en el reconocimiento de la aplicabilidad directa de la norma que tutela constitucionalmente la salud. Si verificamos los argumentos utilizados de un lado o de otro, se comprueba que la discusión de fondo será la de la necesidad de reconocimiento de esos derechos, mucho más que sobre los argumentos jurídicos utilizados. Sobre éstos no hay una verdadera divergencia, como se puede comprobar por el innegable reconocimiento del derecho a la educación, previsto claramente en forma de principio por el ordenamiento español.

Por fin, lo que resulta muy claro también es que el reconocimiento de una aplicabilidad directa de normas de derechos sociales prestacionales no implica la producción de un caos jurídico. Hay muchos ejemplos de ordenamientos que reconocen aplicabilidad en relación con algunos derechos exactamente como forma de presión de los órganos originariamente encargados de velar por el bienestar social. Es evidente que en esa tutela se cometen muchas exageraciones – principalmente en ordenamientos con el control de constitucionalidad difuso como el de Brasil. Sin embargo, gradualmente la propia práctica jurídica se va amoldando a un término medio, tras períodos de mayor o menor reconocimiento. Así ocurre porque los derechos sociales prestacionales son derechos que implican costes económicos, siendo que toda exageración repercutirá en eliminar valores destinados a otros y, con ello, un número aún mayor de demandas.

Esa dificultad obliga al intérprete a trabajar dentro de posibilidades reales, construyendo, junto a los demás poderes, una solución para todos los casos similares. Así, el desequilibrio se lo resuelve el propio sistema. En el caso brasileño, por ejemplo, se puede verificar por la práctica jurídica que cuanto más grande es el grado de reconocimiento, más grande será el número de demandas. En la medida que la solución apuntada judicialmente se demuestra inviable, hay una desatención de la Administración y, por tanto, más demandas y menos efectividad. Como ninguna decisión sobrevive sin eficacia, la tendencia es la búsqueda del equilibrio y así una actuación de mutuo respeto entre los poderes para la realización de un fin constitucional. Es más, derechos sociales prestacionales son derechos que nacen limitados también teóricamente, bastando con buscar en su relación con la solidaridad, con la igualdad material y con la dignidad humana la justa medida a su reconocimiento. Como decisión política, dicha decisión estará siempre sujeta a la crítica, que es fundamental para el buen funcionamiento de cualquier sistema jurídico.

De este modo, la presente investigación buscó analizar el tema partiendo de un punto de vista distinto. Aunque multidisciplinario, nuestro objetivo es concluir que el derecho sufre una fuerte influencia de un movimiento ideológico conocido como neoconstitucionalismo. Ese movimiento, bajo varios argumentos aquí tratados, propone, en resumen, la necesidad de un cambio de actitud de los intérpretes, adoptando una postura más activa. Esa postura, por argumentos propios de la teoría constitucional, va a repercutir en el ingreso del juzgador en cuestiones políticas. Si visualizamos las posibilidades que se ofrecen a los sistemas desde esa *postura constitucionalista*, se puede comprobar que mucho de la discusión jurídica sobre aplicabilidad directa de los derechos sociales prestacionales será el mero resultado de un ordenamiento, a través de su Tribunal Constitucional, optar o no por la asunción de esa tutela directa, con todos los problemas y complicaciones que acarrea. Ambas opciones son válidas, viables, jurídicas, lógicas y respetables.

BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V. Lecciones de derechos sociales, coord. María José Roig y José García Añón, 2. ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2004.

A.A.V.V., *Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

A.A.V.V.. El Estado social. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1986

A.A.V.V. El principio de igualdad. Org. Luis García San Miguel, Universidad Alcala de Henares, Dykinson: Madrid, 2000.

AARNIO, Aulus. Lo racional como razonable, Centro de Estudios Constitucionales n. 21, Madrid, 1991.

_____. "Reglas y principios en el razonamiento jurídico". In: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000, 1(4), p. 593-602.

_____. "Las reglas en serio". In: *Normatividad del derecho.*, Barcelona: Gedisa, 1997.

ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed., Madrid: Trotta, 2004.

AGUILÓ REGLA, Josep. "Sobre la Constitución del Estado constitucional". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001(24), 429-459.

ALARCÓN CABRERA, Carlos. "La lógica y el derecho en el último Kelsen". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 45-56.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, {traducción castellano Ernesto Garzón Valdés}, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2. ed. 2001.

_____. *El Concepto y la Validez del Derecho.*, [traducción de Jorge M. Seña], 2. ed. Barcelona: GEDISA, 2004.

_____. "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità", in *Diritti, procedure, virtù*, [org. Massimo La Torre e Alberto Scerbo], Torino: Giappichelli, 2005, p. 1-13.

_____. “A Defence of Radbruch’s Formula”, in David Dyzenhaus ed., *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, 1999, Oxford, Hart Publishing, p. 15-39.

_____. “La Teoria delle Libertà Fondamentali di John Rawls”, [traduzione di Anna Castelli e Fabrizio Sciacca], in Fabrizio Sciacca (org.), *Libertà Fondamentali in John Rawls*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 1-36.

_____. “Colisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali”, in Massimo La Torre e Antonino Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Torini: Giappichelli.

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, [traducción de Carlos Bernal Pulido], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

_____. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, in Miguel Carbonel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2. ed. 2005, p. 31-48.

ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. [traducción de Paula Gaido], Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ALVES CAMARGO E GOMES, M. E. (Org.) *Democracia, cidadania e participação: conselhos do Poder Executivo do Estado do Paraná*. Curitiba: IBRAD, 1991.

_____. “Do Instituto do Ombudsman à construção das ouvidorias públicas no Brasil”, en Rubens Pinto Lyra. (Org.) *A ouvidoria na esfera pública brasileira*. Curitiba: Editora da UFPR, 2000, v.

_____. “Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas”, en Marques Neto, Agostinho Ramalho et al. (Org.) *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 117-135.

AMATO, Salvatore, “El universo del sujeto y la universalidad de los derechos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 31, 1994, p.169-186.

_____. “Il soggetto di giustizia” en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos humanos*, n. 40, 1999, p. 293-306.

_____. “Aspectos nihilísticos del Derecho moderno”, en N. Belloso Martín coord., *Para que algo cambie en la Teoría jurídica*, Universidad de Burgos, 1999, p. 57-72.

_____. “Pena e corpo”, en *Annali del Seminario Giuridico* de la Universidad de Catania, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 3-24.

ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier. *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación)*. Universidad Carlos III, Dykinson: Madrid, 1996.

_____. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. Dykinson, Madrid, 2000.

_____. "Sulla tensione tra costituzionalismo e democrazia", *Diritti, procedure, virtù.*, [Org. Máximo La Torre, Alberto Scerbo], Torino: Giappichelli, 2005, p. 15-42.

ARA PINILLA, Ignacio, *El estatuto de la Teoría general del Derecho*, Palma de Mallorca, Cort, 1987.

_____. "Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática", en AA.VV., *El fundamento de los Derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 57-67.

_____. *Las transformaciones de los Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990.

_____. "Hacia una definición explicativa de los Derechos humanos", en *Derechos y Libertades*, v. 1, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1993, p.101-109.

_____. "Hacia una concepción racional de los derechos humanos", en AA.VV, *Reason and law*, v. III, Milano, Giuffrè, 1998, p. 321-335.

_____. "El concepto de los Derechos fundamentales", en AA.VV, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, p.143-158.

_____. "Los significados del principio de igualdad en la Constitución española", en AA.VV., *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, p. 201-223.

_____. "La estructura de la norma jurídica", en AA.VV., *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. II, Universidad Alcalá de Henares, 2002, p.19-32.

_____. "Los derechos de igualdad", en Benito de Castro Cid, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Madrid, Universitas, 2003, p. 295-307.

_____. *Teoría del Derecho*, 2. ed. Madrid, Ediciones JB, 2005.

_____. "Positivismo jurídico y Constitución", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje a Gumersindo Trujillo Fernández*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 55-82.

ASÍS, Rafael de. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

ATIENZA, Manuel. "Entrevista a Robert Alexy". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001(24): 668-687.

_____. "Sobre principios y reglas", *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1991, (10), p. 101-120.

ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz, *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel, 2. ed. 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Melhoramentos: São Paulo, 4. Ed. 2004

BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*, Princeton and Oxford: Princeton University Press.

BARBERA, Augusto. "Le basi filosofiche del costituzionalismo", in Augusto Barbera (Org.) *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma: Laterza, 2007, p. 3-43.

BARBERA, Salvador. *Escasez y derechos fundamentales*, in V.V.A.A.. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, edición de José María Sauca, Universidad Carlos III, Madrid, 1994.

BARBERIS, Mauro. "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", in Miguel Carbonel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2. ed., 2005, p. 259-278.

BARCELLOS, Ana Paula de. "Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico do espaço democrático", in Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.) *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 111-148

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*. Dykinson, Madrid, 1996.

_____. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson: Madrid, 2004.

_____. "Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 339-354.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Constituição de República Federativa do Brasil Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BAYÓN, Juan Carlos. "Derechos, democracia y Constitución". In: Miguel Carbonel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2. ed. 2005, p. 211-238.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. "Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo". *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006,

_____. "Política y utopía democrática: los principios de libertad e igualdad", en J.A. de Oliveira Junior, coord., *O novo em Direito e Política*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p.161-176.

_____. "Del Estado del Bienestar a la sociedad del Bienestar: la reconstrucción filosófico-política de su legitimidad", en Nuria Belloso Martín coord., *Para que algo cambie en la Teoría Jurídica*, Universidad de Burgos, Servicio de Publicaciones, 1999, p. 203-266.

_____. "Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo", en M.A. Rodilla González y J.A. Ramos Pascua coords., *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a J. Delgado Pinto*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2006, p.781-802.

_____. "Temi di Teoria Giuridica: l'interpretazione della Costituzione e dei diritti fondamentali", en: *Annali del Seminario Giuridico*. Università degli Studi di Catania, v. V (2005-2006), Milano, Giuffré Editore, 2007, p.17-86.

_____. *DIÁLOGOS JURÍDICOS BRASIL-ESPANHA: DA EXCLUSÃO SOCIAL AOS DIREITOS SOCIAES. ALGUMAS ESTRATEGIAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS* (Co-autoría con Marli Marlene Moraes da Costa), (N. Belloso Martín es autora de los Capítulos I, segunda parte del II y Capítulo IV), Porto Alegre, Imprensa Livre, 2008.

_____. “Otra lectura de la Constitución: el neoconstitucionalismo”, en *Revista Interdisciplinaria de Direito*, n. 8. Faculdade de Direito de Valença (Brasil), ano IV, 2008.

_____. “Ritornando al discurso dei diritti sociali”, en: *Annali del Seminario Giuridico*. Università degli Studi di Catania. v. VIII (2006-2007), Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 21-75.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BIX, Brian, “Natural law theory”. *A companion to philosophy of law and legal theory*, Ed. Dennis Patterson, London: Blackwell Publishers, 1996.

_____. Brian. *Diccionario of Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. *Teoría del Derecho: ambición y límites*. [traducción de Pablo Navarro e otros], Madrid: Marcial Pons, 2006.

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. (trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi), Madrid: Editorial Debate, 1993.

_____. “Algunos argumentos contra el Derecho natural”, en H. Kelsen, N. Bobbio y otros, *Crítica al Derecho natural, introducción y traducción de Elías Díaz*. Madrid, Taurus, 1996

BOBBIT, Philip, “*Constitutional law and interpretation*”. *A companion to philosophy of law and legal theory*. Dennis Patterson, London: Blackwell Publishers, 1996, p. 128-169.

BÖCKENFOÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, (trad. de Juan Luis Reguejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft Baden Baden, 1993.

BONORINO, Pablo Raúl. *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Dykinson, Madrid, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *A idéia de Direito Social. O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 25, tradução de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, 2003.

BOVERO, Michelangelo. “Diritti umani o diritti fondamentali?”, in *Filosofia e politica dei diritto umani nel terzo millennio*, Milano: Giuffrè, 2003, p. 155-178.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales.*, Madrid: Dykinson, 2004.

BUONGIOVANNI, Giorgio., "Stato di diritto e giustizia costituzionale: Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920". In: Pietro Costa e Danilo Zolo, *Lo Stato di Diritto: Storia, teoria, critica*, Milano: Feltrinelli, 2002. p. 317-345.

_____. *Teorie «costituzionalistiche» del diritto: morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna: CLUEB, 2000.

_____. *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma: Laterza, 2005.

_____. "Diritti inviolabili e libertà". In: Augusto Barbera (Org.) *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma: Laterza, 2007, p. 67-92.

BONGIOVANNI, Giorgio e COZZI, Gustavo. "Democrazia", in Augusto Barbera (org.) *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma: Laterza, 2007, p. 215-250.

BURCHILL, Richard. "Democracy and the promotion and protection on socio-economic rights", in *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, [org. Baderin and McCorquodale], Oxford, p. 361-387.

CALSAMIGLIA, Alberto. "Postpositivismo". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1998(21), v. I. p. 209-221.

CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo", *Processo e constituição: Estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 662-683.

CAMPBELL, Tom. "El sentido del positivismo jurídico". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2002(25), p. 303-331.

CARBONEL, Miguel. "Sobre el constitucionalismo y positivismo jurídico de Luis Prieto Sanchís", *ISONOMIA*, n. 8, abril, 1998, p. 207-214.

_____. (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CARLASSARE, Lorenza. "Costituzionalismo e democrazia nell'alterazione degli equilibri". In: *Studi in onore a Gianni Ferrara*, Torino: Giappichelli. v. I, 2000, 561-579.

CARRIÒ, Genaro R. "Sull'interpretazione giuridica". In: *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*, [Org. Mario Bessone e Ricardo Guastinni], Milano: CEDAM, 1995, p. 18-51.

CASADEI, Thomas. "Sovranità popolare e «costituzionalismo progressivo» in Thomas Paine". In: *Potere sovrano: simboli, limiti, abusi*, [Org. Stefano Simonetta], Bologna: Il Mulino, 2003, p. 137-157.

CASTIGNONE, Silvana. "Punto di vista interno ed efficacia". In: *La teoria generale del diritto: problemi e tendenze attuali (Studi dedicati a Norberto Bobbio a cura di Uberto Scarpelli)*, Milano: Edizioni di Comunità, 1983, p. 9-20.

CASTRO CID, B. e FERNÁNDEZ-GALIANO, A.. *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural 2*. ed. Madrid: Editorial Universitas S.A.,

CHIASSONI, Pierluigi. "Lacune nel diritto: progetto di voce per un *vademécum* giuridico". In: *Interpretazione e diritto giudiziale: I. regole, metodi, modelli*, [Org. Mario Bessone], Torino: Giappichelli, p. 107-149.

CIANCARDO, Juan. *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*, Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXVI, n. 108, septiembre-diciembre, p. 891-906

CITTADINO, Gisele. "Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COLEMAN, Jules. "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", in Jules Coleman, *Hart's Postscript*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 99-146.

COLEMAN, Jules and LEITER, Brian. "Legal positivism", *A companion to philosophy of law and legal theory*, Ed. Dennis Patterson, London: Blackwell Publishers, 1996, p. 241-1259.

_____. "Authority and reason". In: Robert P. George, *The autonomy of law: essays on legal positivism*, Oxford: Clarendon press, 1996, p. 287-318.

COMANDUCCI, Paolo. "Formas de neoconstitucionalismo(s): un análisis metateórico", in Miguel Carbonel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2. ed. 2005, p. 75-98.

_____. "Modelos e interpretación de la Constitución", in Miguel Carbonel (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta, 2007, p. 41-70.

COURTIS, Christian. "Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social". In: Miguel Carbonel (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta, 2007, p. 185-212.

DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000.

DELGADO PINTO, J. *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Discurso leído en la Solemne apertura del Curso Académico 1982-1983, Universidad de Salamanca, 1982.

DICIOTTI, Enrico. "Operative Interpretation and Systemic Validity", in *Cognition and interpretation of law*, [org. Letizia Gianformaggio e Stanley Paulson], *Analisi e diritto*, n. 18, Torino: Giappichelli, 1995, p. 53-83.

DÍAZ, Elías. "Introducción a la sociología del Derecho natural", en Kelsen, H., BOBBIO, N. et al. *Crítica del Derecho natural*, introd., [trad. de E. Díaz, Madrid]: Taurus, 1966.

_____. "Realismo crítico: notas sobre derecho y justicia". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 855-862.

DICEY, Albert V. *Introduzione allo Studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*. [traduzione di Alessandro Torre], 2003 (originale di 1915).

DÍEZ-PICAZO, Luiz Maria. *Sistemas de derechos fundamentales*, Thompson Civitas, Madrid, 2003.

DOMINGO PÉREZ, Tomás de. "Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 355-378.

DORADO PORRAS, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Dykinson, Madrid, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2002.

_____. "Giudici e politica nell'esperienza di common law". In: *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*, [org. Mario Bessone e Ricardo Guastinni], Milano: CEDAM, 1995, p. 71-111.

ESCUADERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thompson Civitas, 2004.

_____. "Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas", in J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo*

jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 303-320.

EZCURDIA LAVIGNE, José A. *Curso de Derecho Natura: perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos*. Madrid: Réus, 1987.

FASSÓ, G. “Iusnaturalismo”, en *Diccionario de Política*, N. Bobbio, N. Mateucci y G. Pasquino (eds.), 7. ed. Madrid: Siglo XXI editores, 1991.

FARREL, Martin. *¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?* In: DOXA, n. 21, v. II, p. 121.

FERNÁNDEZ-GALIANO, A.; CASTRO CID, B. *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. Madrid: Editorial Universitas S.A. 2. edición.

FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII*, A.A.V.V., Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII, dirección PECES-BARBA MARTINES, Gregório y FERNANDEZ GARCIA, Eusebio, Dykinson, Madrid, 1998. p. 571-600

_____. *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1984.

FERNANDEZ-LARGO, Antônio Osasuna. *Teoria de los derechos humanos – conocer para practicar*. Madrid, Esteban-Edibesa.

FERNÁNDEZ DE SANMAMED. José Luis Prada. “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Número 122, Octubre-Diciembre, 2003, p. 269-315.

FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino. “La crisis de la ley: control judicial de la legalidad”, in J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 555-580.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 8. ed. 2004.

_____. “Lo Statu di diritto fra passato e futuro”, in Pietro Costa e Danilo Zolo, *Lo Statu di diritto: Storia, teoria, critica*, Roma: Feltrinelli, p. 349-386.

_____. *Diritti fondamentali: un dibattito teorico.*, Roma: Laterza, 2002.

_____. “Sobre los derechos fundamentales”, in Miguel Carbonel (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta, 2007, p. 71-90.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. [traducción de Manuel Martínez Neira], Madrid: Trotta, 2001.

FORSTHOFF, Ernest. *Problemas constitucionales del Estado social*. In: El Estado social, V.V.A.A., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

FREEMAN, Jody., "Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law", in David Dyzenhaus ed., *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, 1999, Oxford, Hart Publishing, p. 331-369.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio., "Ductibilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios." *Anuario de filosofía del derecho*, 1998, n. 13, p. 65-85.

_____. "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo". In: Miguel Carbonel (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta, 2007, p. 237-264.

GARCÍA, JESÚS Martínez. *La teoría de la justicia en John Rawls*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1985.

GARZON VALDES, Ernesto. "Algo más acerca de la relación entre derecho y moral." *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1990(8), p. 119-130.

_____. "Algo más acerca del <coto vedado>". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1989(6), p. 209-213.

_____. "Tribunal constitucional y positivismo jurídico". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2000(21), p. 161-195.

_____. "Algunas consideraciones acerca de la posibilidad de asegurar la vigencia del <coto vedado> a nivel internacional". In: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las casas*, XII, 2003, p. 57-70.

_____. "Los deberes positivos generales y su fundamentación". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1986(3), p. 17-34.

GAVARA, Juan Carlos de Cara. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

GEORGE, Robert P. "Natural law and Positive law". In: Robert P. George, *The autonomy of law: essays on legal positivism*. Oxford: Clarendon press, 1996, p. 320-333.

GIANFORMAGGIO, Luigi. "Cosa resta nella Allgemeine. Theorie der Normen dei sistemi normativi statici e dinamici?", en *Sistemi normative statici e dinamici. Analisi de una tipologia kelseniana*, Torino: Giapichelli, 1991.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7. ed. 2003.

_____. *Teoría de la constitución*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 31, Madrid: Dykinson, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GOTTI BONTEMPO, Alexandra. *Direitos sociais. Eficacia e aplicabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales.*, [traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón], Madrid: Trotta, 2006.

GUASTINI, Ricardo. "Sovranità popolare, legge, giurisdizione". In: *Interpretazione e diritto giudiziale: regole, metodi, modelli*, [Org. Mario Bessone], Torino: Giappichelli, 2002, p. 199-226.

_____. "Derechos: una contribución analítica (draft)". In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Universid Carlos III, 1994, p. 127-141.

_____. "Interpretazione giudiziale e creazione del diritto", *Studi in onore di Fauto Cuocollo*, Milano: Giuffrè, 2005, p. 777-788.

_____. *Il diritto come linguaggio*, Torino: Giappichelli. 2. ed. 2006.

_____. *Dalle fonti alle norme*, Torino: Giappichelli. 2. ed. 1997.

_____. "Specificità dell'interpretazione costituzionale?" In: Mario Bessone, *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Torino: Giappichelli, 1997, p. 65-83.

_____. "Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione", *L'interpretazione e il giurista*. Milano: CEDAM, 2003, p. 35-47.

_____. *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. [traducción de Jordi Ferrer i Beltrán], Barcelona: GEDISA, 1999.

_____. "Disposizione vs. Norma", *Scienza e técnica della legislazione*, Trieste: 28-29 ottobre, 1988, p. 33-47.

_____. “I principi nel diritto vigente”, in Mario Bessone e Riccardo Guastini, *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*, Milano: CEDAM, 1995, p. 113-139.

_____. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: Miguel Carbonel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2. ed. 2005, p. 49-74.

_____. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” In: Miguel Carbonel (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta, 2007, p. 15-28.

HART, H.L.A., “Positivism and the Separation of Law and Moral”. In: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 49-87

HERNÁNDEZ, José López. Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea. Colección Estudios de Derecho, Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones, Murcia, 2005.

HOLMES, Stephen. “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia” In: *Il futuro Della costituzione*, [Org. Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro, Jörg Luther], Torino: Einaudi, 1996, p. 167-208.

HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass R., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse.*, [traduzione Elisabetta Caglieri], Bologna: Il Mulino, 2000.

HUTCHINSON, Allan. “The Rule of Law Revisited: Democracy and Courts”. In: Dyzenhaus (ed.) *Recrafting the Rule of Law*, p.196-224.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “El sometimiento del juez sólo a la ley (Por un enfoque post-positivista)”. In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 581-600.

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de, *En las Encrucijadas de la Modernidad. Política, Derecho y Justicia*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2000.

_____. “La Globalización y la crisis paradigmática de los Derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, n.116, 2002, p.189-218.

_____. *La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, Derechos humanos y Constitucionalismo*, Madrid: Instituto de Derechos humanos “Bartolomé de las Casas”– Dykinson, 2003.

_____. “El paradigma jurídico de la globalización”, en N. Bellosó Martín y A. de Julios Campuzano coords., *¿Hacia un paradigma cosmopolita del Derecho?:*

pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos, Madrid, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Dykinson, 2008, p.49-76.

_____. “La crisis del ordenamiento. Reflexiones sobre racionalidad y globalización”, en A. de Julios Campuzano editor, *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Madrid, Dykinson, 2007, p.79-114.

_____. “Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del Derecho, en A. de Julios Campuzano editor, *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Madrid, Dykinson, 2007, p.13-40.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [tradução João Baptista Machado], 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAPORTA, Francisco J., “La reinención de la ley”. In: *La legge e i diritti*, [Org. Susana Pozzolo], *Analisi e diritti*, n. 55, Torino: Giappichelli, 2002, p. 13-27.

_____. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

LOBO TORRES, Ricardo. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69-86.

LOMBARDI, Giorgio. “Il costituzionalismo latino-americano: originalità di un modello”. In: Giovanna Visintini (Org.), *Il diritto dei nuovi mondi*, CEDAM, 1994, p. 155-163.

LOPERA MESSA, Glória Patrícia. *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Universidad EAFIT, Medellín, 2004.

LORCA NAVARRETE, J. *Temas de teoría y filosofía del derecho: el derecho como orden y sistema general de garantías*. Madrid: Pirámide.

LORENZO RODRÍGUES-ARMAS. Magdalena. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Granada: Editorial Camares, 1996.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Estimativa y política constitucionales. Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español*. Madrid: Universidad de Madrid, 1984.

LUPION, Ricardo. “Direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade”. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 347-362.

- LUZZATI, Claudio. "Kelsen vs. Bulygin on Legal Interpretations: how not to read Kelsen through Hart's eyes". In: *Cognition and interpretation of law*, [org. Leticia Gianformaggio e Stanley L. Paulson], *Analisi e diritto*, n. 18, Torino: Giappichelli, 1995, p. 85-115.
- MACARIO, Francesco. "Diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti", *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 483-520.
- MACCORMICK, Neil. "Natural law and the separation of law and morals". In: *Natural law theory: contemporary essays*, Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 105-133.
- MANNONI, Stefano. "Stato nazionale di diritto e diritto internazionale". In: Pietro Costa e Danilo Zolo, *Lo Statu di diritto: Storia, teoria, critica.*, Milano: Feltrinelli, 2002, p. 485-505.
- MARÍN CASTÁN, Maria Luisa. "Constitucionalismo, justicia constitucional y crisis del positivismo jurídico". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 379-410.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José. "El derecho a salud: un derecho social esencial". In: *Derechos y Libertades*, n. 14, época II, enero 2006, p. 129-150.
- MASSINI, Carlos. "La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno". Madrid: Cuadernos DOXA, n. 21, v. II, 1998, p. 289-303.
- MATTEUCCI, Incola. "Le origine del costituzionalismo moderno". In: Luigi Firpo, *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, Torino: Editrice Torinese, 1980.
- MILLER, David, and WALZER, Michael. *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford: Oxford University Press, 1995.
- MIRETE, José Luis. *Racionalismo, idealismo y positivismo*. Murcia: DM Editor, 1995.
- MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*. [tradução Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2003.
- MORESO, José Juan. "Conflictos entre principios constitucionales". In: Miguel Carbonel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta. 2. ed. 2005, p. 99-122.
- MOSCHELLA, Giovanni. "Funzione giurisdizionale e legittimazione democratica". In: *La magistratura nello statu costituzionale: teoria ed esperienze a confronto*, [org. Silvio Gabino], Milano: Giuffrè, p. 2004, p. 497-528.

MURPHY, Walter F., *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order.*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007.

NAPOLITANO, Giulio. "Soggetti privati «enti publici»?". In: *Studi in Onore di Giorgio Berti*, A.A.V.V., vol. II, Napoli: Jovene Editore, 2005, p. 1697-1723.

NAVARRO, Pablo. "Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico". *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001(24) p. 133-166.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derechos*, Ariel, Barcelona, 1987.

OLIVEIRA, J. E. de; GOMES, M. E. A. C. e ; VISMONA, E. L. . "Experiências brasileiras com ouvidorias e ombudsman", en Bruno Wilhelm Speck. (Org.). *Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade*. Campinas, Ed. UNICAMP, 2002, p.73-98.

OLLERO, Andrés. "Derecho positivo y derecho natural, todavía...". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 905-934.

OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*. Editorial Comares: Granada, 1998.

OST, François. *Actualité des droits de l'homme dans le crise de l'Etat-Providence*, RIEJ, 13, 1984.

PECEZ-BARBA, Gregorio Martinez. *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson: Madrid, 2004

_____. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Cuadernos "Bartolomé de las Casas" n. 11, Dykinson: Madrid, 1999.

_____. *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*. Eudema Universidad: Madrid, 1991.

_____. *Derechos fundamentales*, Madrid: Universidade Complutense, 1986.

_____. *Los valores superiores*. Tecnos: Madrid, 1989.

_____. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 26, Madrid: Dykinson, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos "Bartolome de las Casas" n. 7, Dykinson: Madrid, 1998.

_____. Estudios sobre derechos fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990.

_____. "El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?", *Anuario de filosofía del derecho*, XIII, 1996, p. 125-158.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003.

_____. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". In: Miguel Carbonel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2. ed., 2005, p. 123-158.

PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, Eusebio, ASÍS, Rafael de. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 1999.

PEREZ PEREZ, María Luisa, "El derecho a la protección de la salud en España", *Anuario del seminario permanente sobre derechos humanos*, 1993, p. 229-252.

POZZOLO, Susanna. "Congetture sulla giurisprudenza come fonte". In: *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, [Org. Lucia Triolo], *Analisi e diritto*, n. 51, Torino: Giappichelli, 2001, p. 115-145.

_____. "Un constitucionalismo ambiguo", in Miguel Carbonel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta. 2. ed. 2005, p. 187-210.

PUY MUÑOZ, Francisco. "Iusnaturalismo y Iuspositivismo". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 943-952.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais. (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002.

RAZ, Joseph. "Rights and Politics". In: *Rights*, [Org. Robin West], Wiltshire: Cornwell Press, 2001, p. 297-314.

_____. "Incorporación por el Derecho". In: *Derechos y Libertades*, n. 16, Época II, Enero 2007, p. 17-40.

REDONDO, Maria Cristina. "Algunas consideraciones ontológicas y epistémicas acerca del contenido del derecho" In: *La legge e i diritti*, [org. Susanna Pozzolo], n. 55, Torino: Giappichelli, 2002, p. 29-88.

RIVAYA, Benjamín. "Estructura y función en la teoría del Derecho de H.L.A. Hart". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 237-252.

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús. "Textos legales y casos concretos". In: J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 1161-1178.

RODRÍGUES URIBES, José Manuel. *Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 14, Madrid: Dykinson, 1999.

ROSELLI, Federico. "Dovere di conoscere la giurisprudenza". In: *Interpretazione e diritto giudiziale: I. regole, metodi, modelli*, [Org. Mario Bessone], Torino: Giappichelli, 2002, p. 264-285.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, [traducción de Genaro R. Carrió], Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

ROVER, Aires José., "A lógica do sistema jurídico" In: José Aires Rover, *Informática no direito: inteligência artificial, introdução aos sistemas especialistas legais*, Curitiba: Juruá, 2001.

RUBIO, F. *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. In: Revista Española de Derecho Constitucional, n. 31, 1991

RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Positivismo ideológico e ideología positivista". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 457-480.

SALDANHA SOUZA JÚNIOR, Cezar. *O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SALMERON, Fernando. "Sobre la moral y el derecho histórico", *ISONOMIA*, n. 5, octubre, 1996, p. 79-105.

SANTAMARIA IBEAS, J. Javier. *Los valores superiores en jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*. Dykinson: Madrid, 1997.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1987.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. *Teoría y experiencia de los derechos humanos*, Madrid, 1968.

SARLET, Ingo e FILCHTINER FIGUEIREDO, Mariana. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". In: Ingo Wolfgang

Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 11-54.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Directos Fundamentais na Constituição de Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SASTRE ARIZA, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw Hill: Madrid, 1999.

_____. “Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional”. In: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35(2001), p. 349-355.

_____. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. In: Miguel Carbonel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2. ed., 2005, p. 239-258.

SCHAUER, Friedrich. *Las reglas del juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, [traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez], Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHIAVELLO, Aldo. “Positivism inclusivo, oggettività ed interpretazione del diritto”. In: *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, [org. Lucia Triolo], *Analisi e diritto*, n. 51, Torino: Giappichelli, 2001, p. 165-196.

SEIBEL DE FREITAS LIMA, Ricardo. “Direito à saúde e critérios de aplicação”. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 265-284.

SHINER, Roger A., “Hermeneutics and the internal point of view”. *Reason in Law, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December, 1984*, Milano: Giuffrè, 1988, p. 211-223.

SENDÍON MATEOS, José Antonio. “La doctrina del derecho natural como doctrina dualista: la visión de Hans Kelsen”. In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 157-170.

SERRANO, José Luís. “La pregunta por la validez de la constitución”. In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 731-740.

SOLAR CAYÓN, José Ignacio. *Los derechos naturales en la filosofía política de Locke*. , A.A.V.V., Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII, dirección PECES-BARBA MARTINES, Gregório y FERNANDEZ GARCIA, Eusebio, Dykinson, Madrid, 1998, p. 601-636.

STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*, Chicago: University of Chicago Press, 1953.

SUÁREZ LLANOS, Maria Leonor. "Iuspositivismo excluyente vs. positivismo crítico no inclusivo". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 497-520.

TARTUFFO, Michele. "Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria". In: *Interpretazione e diritto giudiziale: regole, metodi, modelli*, [org. Mario Bessone], Torino: Giappichelli, 2002, p. 247-263.

TROPER, Michel. "La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III". In: *La Constitution de l'an III*, Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 51-71.

_____. "La notion de pouvoir judiciaire au debut de la revolution française". In: *1791 La premiere constitution française*, [org. Françoise Naudin-Patriat], Dijon: Economica, p. 355-365.

_____. "Contribution a une critique de la conception kelsenienne de la science du droit", in *Mélanges offerts a Charles Chaumont*, Paris: Éditions Pedone, 1984, p. 527-539.

_____. "La motivation des décisions constitutionnelles". In: *La motivation des décisions de justice*, [Ch. Perelman e P. Foriers], Bruxelles: Société Anonyme D'éditions juridiques et scientifiques], 1978, p. 287-302.

VEGA, Jesús. "Crisis del positivismo jurídico y fundamentación moral del derecho". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 953-1002.

VICENTE, Teresa Giménez. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2006.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. Ed. Coimbra: Almedina. 2004.

VILAJOSANA, Joseph Maria. "El positivismo jurídico convencionalista". In: J.A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (eds.) *El positivismo jurídico a examen*.

Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 521-538.

WALDRON, Jeremy. "Normative (or Ethical) positivism". In: *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, [Org. Jules Coleman], Oxford: Oxford University Press, p. 411-433.

_____. "Money and Complex Equality", in David Miller and Michael Walzer, *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

WALUCHOW, Wilfrid. J. *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

WELZEL, H., *Derecho natural y justicia material. Introducción a la filosofía del derecho*. [traducción de Felipe González Vicén], Madrid: Aguilar, 1971.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, [trad. Marina Gascón], Madrid:Trotta, 1995.

_____. "Jueces constitucionales" In: Miguel Carbonel (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta, 2007, p. 91-104.

_____. "Le decisione delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi". In: *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico.*, [Org. Mario Bessone, Ricardo Guastini], Milano: CEDAM, 1995, p. 427-469.