

La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho

Alfonso García Figueroa*

“Es la imagen de un mundo lleno de agujeros que nuestro libre movimiento va tapando, en tanto que otros van abriéndose en puntos diferentes”

Kolakowski, 1970, p. 171.

Resumen

Los derechos fundamentales suelen expresarse a través de condicionales derrotables. La derrotabilidad es una propiedad disposicional. Admitido que las disposiciones presentan una manifestación, una condición de manifestación y una base, entonces la manifestación de la derrotabilidad de una norma puede definirse como la exclusión de su consecuencia jurídica como resultado de la ocurrencia en el momento t_2 de una excepción no contemplada en el antecedente total de la norma en t_1 . La condición de la manifestación consiste en la aplicación de una teoría de la argumentación jurídica con ocasión de la llamada ponderación judicial en que la norma queda desplazada (normalmente por otro principio). Finalmente, la base de la derrotabilidad reside en el carácter disposicionalmente moral de numerosas normas jurídicas y singularmente de los principios iusfundamentales. Se asume, pues, que la derrotabilidad jurídica es una derrotabilidad sobre bases morales y que la derrotabilidad moral presenta a su vez como base una teoría moral constructivista atenta al pluralismo como elemento constitutivo del discurso moral. Los derechos fundamentales refuerzan así un fenómeno más amplio: la imbricación de razonamiento jurídico y razonamiento moral, que presenta relevancia iusteórica en el sentido de que exige la superación del paradigma que rige la dialéctica positivismo/jusnaturalismo a favor de un modelo neoconstitucionalista.

Las consecuencias en el plano iusteórico de este planteamiento son: el rechazo del dualismo Derecho/moral en favor de un gradualismo entre ambos términos y el rechazo del objetualismo en favor de la tesis de la disposición a la corrección alternativa tanto a la tesis de la separación positivista como a la tesis de la vinculación iusnaturalista; todo ello con la introducción del constructivismo ético y del constitucionalismo dentro del acervo teórico de la teoría del Derecho. En § 2 se formulan algunas consideraciones sobre la relevancia política de la cuestión.

* Universidad de Castilla-La Mancha.

0. *El contenido y la forma de los derechos fundamentales: una encrucijada de problemas*

En los Estados constitucionales los derechos fundamentales han transformado el Derecho en sus aspectos estructural, funcional y material. Se trata de una transformación estructural, porque los derechos fundamentales suelen contemplarse como *principios* cuya configuración es diversa, al menos en alguna medida, de la que presentan el resto de normas del ordenamiento (*reglas*). Estos cambios interesan a la teoría de la norma jurídica, que debe esclarecer cuáles son las características formales de los principios.

Se trata, en segundo lugar, de una transformación funcional, porque la indeterminación propia de los principios iusfundamentales ha requerido un tipo especial de argumentación (ponderación) considerada diferente al razonamiento que ha regido tradicionalmente la argumentación basada en reglas (subsunción). El Estado constitucional exige una teoría política que justifique la asignación a órganos jurisdiccionales de la administración del excedente de discreción asociado al ejercicio de la ponderación y/o una teoría de la argumentación que sirva para fiscalizar esta actividad de algún modo.

Finalmente, se trata de una transformación material, porque los principios iusfundamentales suelen exhibir una expresa e intensa impronta moral, que no suele advertirse en las reglas o al menos no en el mismo modo y grado. Este cambio ha suscitado un debate en la teoría del Derecho sobre los límites del sistema jurídico y sus relaciones conceptuales con la moral. El estudio de los principios iusfundamentales ha proporcionado así nuevos cauces de expresión a la dialéctica entre positivismo jurídico y jusnaturalismo. Sin embargo, como se verá, resulta difícil aislar esta última cuestión de las precedentes. Por esta razón, si bien los principios iusfundamentales se sitúan (es ya obvio decirlo) en una verdadera encrucijada de problemas para la teoría de la norma jurídica, para la teoría política y para la teoría del Derecho, aquí me detendré particularmente sobre las implicaciones que presentan en la teoría del Derecho.

Tradicionalmente, la explicación de los derechos fundamentales ha inducido en el discurso de la teoría del Derecho una cierta perplejidad porque los derechos fundamentales de la Constitución española de 1978 y de otras semejantes presentan tres características que a veces han sido consideradas de algún modo incompatibles entre sí: los derechos fundamentales son derechos positivos, son derechos naturales y se concretan jurisprudencialmente:

a) Los derechos fundamentales son derechos positivos. Ningún criterio positivista de identificación del Derecho puede excluir la pertenencia al ordenamiento jurídico de las normas que protegen derechos fundamentales. Por eso Gustavo Zagrebelsky (un autor no precisamente positivista, por cierto) nos recuerda que, a pesar de la filiación iusnaturalista de estos derechos, "la constitución no es derecho natural sino, antes bien, la manifestación más alta de derecho positivo" (Zagrebelsky 1995, 116). Desde este punto de vista, los derechos fundamentales vienen a confirmar una concepción positivista del Derecho.

b) Los derechos fundamentales son derechos naturales o derechos morales. Por su contenido, los derechos fundamentales suelen ser

considerados como la plasmación jurídico-positiva de derechos morales, derechos humanos. Esta incorporación presupone que se trata precisamente de exigencias de la moral crítica que han sido asumidas por el constituyente. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales vienen a confirmar una concepción iusnaturalista del Derecho. Un filósofo del Derecho sin inclinaciones iusnaturalistas como Gregorio Peces-Barba, escribe en este sentido:

“Todo Derecho es un punto de vista sobre la Justicia, (...) pero en ningún campo está tan presente, tan inmediato ese mundo de la ética, de los valores; ese mundo del hombre y de sus necesidades, referencia ineludible de todo Derecho que pretenda ser justo, como en este campo del Derecho de los derechos fundamentales” (Peces-Barba 1980, 78).

c) Finalmente, los derechos fundamentales se concretan jurisprudencialmente. En este sentido nos dice un autor nada sospechoso de realismo jurídico como Robert Alexy:

“Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el siete de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación” (Alexy, 2003, 35).

Desde este punto de vista, los derechos fundamentales vienen a confirmar una concepción del Derecho realista, pues el contenido del Derecho viene a depender de lo que órganos jurisdiccionales (ordinarios y constitucionales) determinen en sus decisiones, reforzando la importancia del momento de la aplicación del Derecho.

A primera vista parece sorprendente que los derechos fundamentales sirvan para confirmar tres teorías contradictorias entre sí como el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo, pero en realidad, esto sólo significa dos cosas: primero, que ninguna de esas teorías es suficiente para poder explicar las diversas dimensiones de los derechos fundamentales y, segundo, que todas ellas son necesarias en alguna medida para poder *comprender* los derechos fundamentales adecuadamente.

Por tanto, los derechos fundamentales plantean un desafío (un “*Charter challenge*”, diría Waluchow 1994, cap. 5) a la teoría del Derecho, que se percibe de forma algo distinta en las dos culturas jurídicas fundamentales, pero que se ha traducido en una coincidente crítica al positivismo jurídico por parte de Dworkin entre los angloamericanos y de Alexy en el continente (vd. Bongiovanni 2000, García Figueroa 1998). Más concretamente, en la cultura jurídica angloamericana el desafío de los derechos fundamentales ha provocado tensiones entre el antipositivismo de Dworkin, el positivismo excluyente de Raz y un positivismo

jurídico renovado¹ que converge con un iusnaturalismo débil en la cultura jurídica continental de teorías como las del propio Alexy o Nino y quizá con el garantismo de Ferrajoli. Ciertamente el reforzamiento de la dimensión moral del Derecho causado por el contenido iusfundamental de los principios ha dado lugar a teorías antipositivistas. Sin embargo, todo parece indicar que progresivamente se tiende hacia un nuevo paradigma *neoconstitucionalista in fieri* esquivo a las etiquetas tradicionales. ¿Cómo explicar el papel de los derechos fundamentales a través de una teoría del Derecho constitucionalista? Dado que el neoconstitucionalismo constituye un paradigma jurídico en formación, aquí desearía formular una propuesta que contribuya a su precisión partiendo del contenido y la estructura de los derechos fundamentales. Comencemos con esta última cuestión.

1. *Los principios iusfundamentales como problema de la teoría de la norma jurídica*

Atendiendo a los usos lingüísticos de los juristas, Wróblewski (1989, 153) distinguió hasta cinco tipos diversos de principios: principios positivos, implícitos, extrasistémicos, principios-nombre y principios-construcción. En términos muy generales, los principios positivos son los formulados en disposiciones jurídicas. Los implícitos son aquellos lógicamente deducibles de los formulados en textos jurídicos. Finalmente, los principios extrasistémicos son definidos por Wróblewski como aquellos que no pertenecen a ninguna de las otras dos clases anteriores². La definición de principio extrasistémico convierte así en exhaustiva la clasificación y en cierto modo priva de relevancia a los principios-nombre y a los principios construcción, reconducibles a alguna de las tres categorías precedentes y que aquí no nos interesarán en la medida en que representan más bien instrumentos o presupuestos de la dogmática jurídica. Por tanto, en principio nos interesan los tres primeros tipos, que suelen denominarse con frecuencia principios explícitos, implícitos y extrasistemáticos (vd. Atienza-Ruiz Manero 1996, 6; Guastini 1999, 155-7; Prieto 1992, 134). Desde este punto de vista, parece claro que las normas de derechos fundamentales se expresan básicamente a través de principios explícitos. En la Constitución española figuran claros ejemplos de ello: el derecho a la igualdad o a la no discriminación del art. 14, el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto del art. 16, el derecho a la intimidad del art. 18, la libertad de expresión reconocida en el art. 20, etc.

¹ Este “nuevo positivismo jurídico” (Sebok 1998, cap. 7) responde a varias etiquetas: “positivismo débil” (*soft positivism*: Hart 1994, 250 ss.), “positivismo inclusivo” o “incluyente” (Waluchow 1994, cap. 4), o “incorporativismo” (cfr. Coleman 2001),

² Wróblewski habla de principios *jurídicos* extrasistemáticos. Sin embargo, decir que existen principios *jurídicos* que son *extrasistemáticos* (por tanto no jurídicos) constituye una contradicción en los términos que sólo puede salvarse si asumimos el carácter polémico de los límites del sistema jurídico. Por ejemplo si hablamos de principios jurídicos (en sentido iusnaturalista) extrasistemáticos (en sentido positivista). También cabe interpretar que los principios jurídicos son aquéllos que sin pertenecer al Derecho presentan alguna relevancia jurídica. Por ejemplo, los principios que son aplicados por jueces a pesar de no formar parte del Derecho (según una interpretación positivista) como por ejemplo *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* invocado en el caso Riggs contra Palmer (Dworkin 1984, 73).

Los principios explícitos, cuya pertenencia al Derecho no resulta en principio problemática, son idóneos para analizar sin distorsiones las particularidades estructurales y funcionales de los principios, pues son esas diferencias formales las que les distinguen del resto de normas válidas. Por tanto, en la medida en que se expresan básicamente a través de principios explícitos, los derechos fundamentales resultan idóneos para analizar la estructura y la función de los principios frente a las reglas. Esto explica en parte la relevancia de los principios iusfundamentales para el estudio de la estructura de los principios dentro de la teoría de la norma jurídica.

Sin embargo, como es sabido no todos los autores comparten que entre reglas y principios existan diferencias relevantes; entre los que sí lo creen, no todos opinan que se trata de diferencias cualitativas y no hay acuerdo en que los derechos fundamentales se hallen configurados como principios ni en que deban hallarse configurados como principios. Alexy ha distinguido tres tesis fundamentales sobre la distinción entre reglas y principios en torno a las que cabe agrupar las diversas teorías sobre los principios (Alexy 1985, 15; 1993, 85-6; 1995, 64-5):

a) La tesis de la conformidad, según la cual no existen diferencias de ningún tipo entre reglas y principios. Por ejemplo, en España ha manifestado su escepticismo ante la propia categoría de los principios Hernández Marín (1998, 109 ss.)³.

b) La tesis débil de la separación, según la cual existen diferencias entre reglas y principios, pero no se trata de diferencias cualitativas, sino de grado. Dentro de esta tesis se inscriben normalmente los criterios tradicionales de distinción de reglas y principios (fundamentalidad, generalidad, abstracción, etc.): los principios son más generales que las reglas, pero nada impide hallar reglas generales; los principios son más vagas que las reglas, pero las reglas también pueden ser vagas; etc. También se ajustan a la tesis débil de la separación las concepciones de los principios de Bobbio (1982), Comanducci (1997), Gianformaggio (1985), Guastini (1992b, 145; 1993, 449), Hart (1994, 262 ss.), Moreso (2001, 136-155; 2003b, 112) y Prieto (1992; 1998).

c) La tesis fuerte de la separación. Según la tesis fuerte existen diferencias cualitativas entre reglas y principios, de modo que toda norma es una regla o bien un principio con carácter mutuamente excluyente y conjuntamente exhaustivo. Las teorías de Robert Alexy (1993, cap. III), Atienza y Ruiz Manero (1996, cap. I) y Ronald Dworkin (1984, cap. II) expresan una tesis fuerte de la separación.

Seguramente el origen de las diferencias entre estos tres grupos de teorías tenga mucho que ver con el plano en que se sitúen y no tanto con diferencias radicales en torno al funcionamiento de los principios en el razonamiento jurídico.

³ El escepticismo de Pérez Luño (1997, 21-2; 2000), quien considera los principios generales del Derecho un “mito jurídico” podría llevar a pensar que suscribe esta tesis, pero por otra parte el profesor de Sevilla parece haber sido partidario de la tesis débil de la separación en Pérez Luño 1984, 286 ss.

Por esta razón, quizá conviniera revisar las implicaciones de la distinción en un plano empírico, un plano pragmático y un plano conceptual.

En el plano empírico, no parece posible mantener una tesis fuerte de la separación entre reglas y principios. No tanto por los problemas que causan los principios, cuanto por la dificultad evidente que entraña reconstruir reglas que respondan plenamente al ideal de la subsunción, esto es, reglas ideales que contengan en su antecedente el conjunto de todos los casos relevantes dispersos en el ordenamiento. No ofrecieron ejemplos concluyentes de tales reglas ideales ni los positivistas que teorizaron sobre ellas como Bentham (1970, cap. XIV) o Kelsen (1960, 67), ni tampoco Dworkin (1984, 139), que las presupone. Por cierto, puede resultar paradójico (aunque no sorprendente, pues Dworkin (1994) no tiene problemas en criticar con argumentos formalistas la tesis de la discreción judicial) que el antipositivista norteamericano comparta cartel con positivistas tan insignes. En realidad, la actitud de Dworkin expresa un fenómeno más general que podríamos denominar *la paradoja del principialista*: los defensores de la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas suelen invocar esta posición con una vocación antiformalista pero en este afán terminan por caracterizar la aplicación y la estructura de las reglas con un formalismo extremo, más allá del que los propios formalistas estarían dispuestos a asumir. Esta incoherencia se explica porque los defensores de la tesis fuerte de la separación parecen verse forzados a sostener un concepto de regla muy fuerte con el propósito de poder mantener por contraste un concepto muy fuerte de principio. A veces parece que el verdadero problema de los principialistas es su concepto de regla y no tanto el de principio, como cabría esperar. Sin embargo, cuestiones metateóricas aparte, empíricamente no parece posible distinguir reglas y principios, entre otras cosas porque parece imposible evitar interacciones entre reglas y principios. Por decirlo con una imagen de Bayón (1991, 361-2): la invocación de principios como excepciones a las reglas funcionaría como un verdadero caballo de Troya que debilitaría la tesis fuerte de la separación.

Sin embargo, distintas son las cosas en un plano pragmático. Desde el punto de vista de los usos de los juristas, la distinción entre reglas y principios parece obedecer a ciertas convenciones entre los juristas. A pesar de las dudas, los juristas normalmente reconocen cuándo se hallan ante reglas y cuándo ante principios (quizá por ello, el constitucionalista Manuel Aragón (1989, 84) consideró hace algunos años “pacífica” (!) la distinción entre reglas y principios). Aparentemente el criterio tiene que ver con la mayor determinación semántica de las reglas y una cierta carga axiológica en los principios. En ambos casos, da la impresión de que los juristas asocian una aplicación subsuntiva a las reglas y una actividad de ponderación a los principios. En otros términos, la diferencia pragmática parece consistir en que los principios exigen una mayor actividad argumentativa por parte del aplicador del Derecho. Existe, pues, una clara analogía entre la distinción entre reglas y principios y la distinción entre casos claros y difíciles. Esta distinción no puede establecerse en un plano puramente empírico, sino pragmático: los juristas *suelen reconocer* casos fáciles y casos difíciles (Bengoetxea/MacCormick/Moral Soriano, 2001,55), así como suelen distinguir entre reglas y principios. La tesis de la separación fuerte entre reglas y principios puede hallar aquí su lugar, pues la separación fuerte de reglas y

principios parece responder a usos de los juristas y a la exclusión o no de deliberación por parte del aplicador del Derecho en la práctica (Atienza/Ruiz Manero 1996, 11 ss.). La intensa relevancia práctica de la distinción entre reglas y principios se traduce en cuestiones políticas de gran calado (*infra* § 2).

Finalmente, en un plano conceptual, cabría preguntarse entonces por la causa del carácter presuntamente privativo de la derrotabilidad en los principios y sobre todo cómo es posible conceptualizar las intuiciones de los juristas. Provisionalmente, cabe extraer al menos una enseñanza: no es posible aislar el problema de la estructura de los principios del problema del concepto de Derecho y tampoco es posible aislar el problema de la estructura de los principios del problema de la argumentación jurídica. Por ello, *infra* §3 intentaré sostener, en línea con otros autores, que una adecuada comprensión de los principios iusfundamentales exige una nueva metodología jurídica atenta al fenómeno de la constitucionalización del Derecho.

En todo caso, aquí no es posible ni siquiera esbozar esquemáticamente cada una de las diversas teorías sobre los principios recién indicadas, así que sólo me referiré a algunos planteamientos recientes que se han ocupado de estudiar los principios fundamentalmente como condicionales derrotables⁴ (e.g. Alchourrón 1990, Atria 2000; Bayón 2000; 2002; Hage/Peczenik 2000; MacCormick 1995; Moreso 2001; 2003b; Navarro/Rodríguez 2000; Rodríguez 1997; 2002; Rodríguez/Súcar 1998; Sartor 1993). Quizá no esté de más aconsejar al lector familiarizado con estas fuentes que pase directamente al siguiente epígrafe, pues a la luz de éstas, el planteamiento que sigue puede considerarse hasta cierto punto obvio.

La teoría de los principios pretende explicar una perplejidad básica ante la aplicación del Derecho a la que la teoría tradicional no era capaz de responder. Como es sabido, según la teoría más tradicional, conocida como “teoría de la subsunción”, el razonamiento jurídico podía reconstruirse como un silogismo, cuya premisa mayor es aquí la regla R1:

R1: Quien mate a otro debe ser condenado a n años, Juan ha matado a otro, Luego
Juan debe ser condenado a n años

(x) Fx → OGx
Fa
OGa

Si Juan no es condenado a n años y la regla es válida, entonces la norma ha sido ineficaz (incumplida, infringida), o bien excepcionada (por la concurrencia de, supongamos, legítima defensa). Si incorporáramos el resto de las excepciones dispersas por el ordenamiento al antecedente de la regla R1 (estado de necesidad, ausencia de culpa, o concurrencia de alguna circunstancia que conduzca a la aplicación de otro tipo penal: asesinato, parricidio, etc.) que conforman un conjunto de predicados que expresan

⁴ Entre los iusfilósofos que escriben en castellano se suele traducir respectiva y literalmente ‘*defeasible*’ y ‘*defeasibility*’ por ‘derrotable’ y ‘derrotabilidad’. Quizá fuera más elegante y menos artificioso en nuestra lengua emplear ‘refutable’ y ‘refutabilidad’, pero supongo que a estas alturas resulta difícil apartarse ya de los usos establecidos.

excepciones y que denominaremos conjunto de excepciones α , entonces obtendríamos una norma completa que presentaría un “antecedente total” (Sartor 1993, 282): R’1.

R’1: Quien mate a otro (sin que concurra una excepción jurídica), debe ser condenado a n años, Juan ha matado, Luego Juan debe ser condenado a n años

(x) $Fx \wedge \langle \alpha x \rangle \rightarrow OGx$
 Fa
 OGa

[Siguiendo a Sartor (1993), distingo en la norma R’1 el *probandum* (lo que debe probarse, *i.e.* que se ha matado: Fx) y el conjunto de excepciones como *non refutandum* (lo que no debe quedar refutado, *i.e.*, el conjunto de excepciones: que se ha matado en legítima defensa, en estado de necesidad, etc. representado aquí como $\langle \neg \alpha x \rangle$].

Con la ampliación de R1 a R’1, quedaría garantizada la traducción del razonamiento judicial a un silogismo *modus ponens* que sigue la lógica clásica monotónica y cuya premisa mayor contiene un condicional en el que rige la ley del refuerzo del antecedente. El razonamiento es monótono porque *siempre* que alguien mate a otro sin que concurra una excepción jurídica, deberá ser condenado. Se cumple la ley del refuerzo del antecedente, porque por más que añadamos nuevas condiciones en el antecedente, sigue valiendo el consecuente.

Sin embargo, los principios no funcionarían de este modo. Supongamos el siguiente razonamiento a partir del principio P1:

P1: Quien sea lesionado en su derecho fundamental a la intimidad (y no concurra una excepción del sistema jurídico) debe ser indemnizado Isabel ha sido lesionada en su intimidad Luego Isabel debe ser indemnizada

(x) $Jx \wedge \langle \beta x \rangle \rightarrow OKx$
 Ja
 OKa

Pero a veces (en los casos de Pablo y Pedro, supongamos) esta conclusión no se sigue, por más que hubiéramos incorporado la (*hasta entonces*) totalidad de las excepciones a los *non refutanda*. Nadie negaría la titularidad al derecho a la intimidad de Pablo y Pedro, pero no podemos determinar en qué casos surgirán de nuevo excepciones (revisiones fruto de colisiones con otros principios, por ejemplo, derecho a la información) no contempladas previamente en el conjunto de predicados β . Por tanto, habrá que concluir que, cuando intentamos reconstruir el antecedente total no resultará posible (por razones conceptuales y no sólo empíricas, como se verá) determinar *ex ante* el conjunto de excepciones a la norma. La diferencia entre la regla R’1 y el principio P1 radicaría en que el conjunto de excepciones α está *cerrado*, mientras que el conjunto de excepciones β se halla *abierto* a nuevas excepciones si concurre nueva información, nuevas normas, nuevas creencias (Hage/Peczenik 1999, 19) que permitan alterar las prioridades entre normas. A este fenómeno se ha hecho referencia de modos

diversos. Es bien conocida la metáfora según la cual los principios presentan una “dimensión de peso o importancia” (Dworkin 1984, 77), pero también se ha dicho, por ejemplo, que en caso de conflicto entre los diversos principios rige una “jerarquía móvil” (Guastini 1996, 523) que puede alterar la prioridad que confiera primacía a un principio y también que la revisión del principio a la luz de las nuevas excepciones es a su vez revisable, esto es, los principios no son susceptibles de “revisiones estables” (Celano, 2002, 35).

La enumerabilidad no exhaustiva *ex ante* de las excepciones, la *jerarquía móvil* o la *inestabilidad de las revisiones* de los principios iusfundamentales han sumido a los juristas en una cierta perplejidad, una sensación de “*impredictibilidad*” en relación con los principios (cfr. esta expresión en Aragón 1989, 94), que tiene gran trascendencia política. Pero la derrotabilidad no es un problema exclusivo de carácter jurídico-político, sino que preocupa a lógicos y filósofos y, de hecho, distingue una forma de razonar tan arraigada en los seres humanos que ha ocupado a los teóricos de la inteligencia artificial (cfr. Carnota 1995, 154 ss.). Muchas veces argumentamos a partir de juicios que suponen generalizaciones basadas en circunstancias típicas, referidas a lo que sucede *normalmente*, a lo que se contempla *por defecto*, a lo que análogamente en la esfera normativa debemos observar *prima facie* y a cuyo uso no estamos dispuestos a renunciar a pesar de que puedan verse desmentidas en el futuro. Si afirmo, por acudir a un conocido ejemplo, “todos los pájaros vuelan”, de inmediato surgirá un problema cuando nos hallemos ante un pingüino (o un avestruz, o un pájaro malherido, o un pájaro muerto o...). Existe un conjunto de casos sobrevenidos que cuestionan la universalidad del cuantificador del enunciado “*Todos los pájaros vuelan*”, pero seguimos usándolo. En el ámbito jurídico, una somera reconstrucción histórica permite traducir en extrema síntesis la relación entre esta estructura de los principios y la dimensión política a la que se aludirá más tarde: la caída de los privilegios del Antiguo Régimen y el tránsito hacia la racionalidad de la Ley consistió en parte en la sustitución del cuantificador existencial de las normas (“para algún x”) por el universal (“para todo x”). Pero una vez conseguido esto por parte del Estado liberal, la cuestión era mantener en el Estado constitucional el cuantificador universal incluso ante la necesidad de optimizar sobre bases sustanciales los diversos principios en colisión en un sistema jurídico constitucionalizado. Es entonces cuando surge la necesidad de emplear condicionales derrotables.

En suma, los principios iusfundamentales expresarían condicionales derrotables que no se ajustan a la lógica clásica monotónica: no rige el *modus ponens* ni la ley del refuerzo del antecedente. Este razonamiento exigiría, por tanto, el desarrollo de una lógica deóntica no monotónica. Naturalmente, esto presupone que la lógica es aplicable a las normas, aunque ello presenta numerosos obstáculos (e.g. Hernández Marín 1999, 216 ss.; Hage 1997) que se han intentado remover (e.g. Moreso 1997, 57 ss. y Alchourrón/Martino 1990). En todo caso la cuestión dista de ser pacífica. En un plano muy intuitivo sólo me atrevo a apuntar una idea de Jaap C. Hage. Este autor nos pone en alerta frente a los riesgos de la reconstrucción lógica de la derrotabilidad, en el sentido de que a partir de la reconstrucción lógica de las normas debería ser posible derivar conclusiones, pero a veces parece más bien que a partir de las conclusiones se deriva la reconstrucción lógica de las normas (Hage 1997, 7). Esta segunda *dirección de ajuste* parece

satisfactoria si queremos resolver los problemas de la lógica, pero no parece la adecuada si queremos comprender los problemas de la derrotabilidad de ciertas normas jurídicas.

Afortunadamente, aquí no es necesario comprometerse con una postura acerca de la viabilidad de una lógica deóntica ni, más específicamente, de una lógica deóntica no monotónica. Por otro lado, esta cuestión atañe a otros especialistas y no me corresponde resolverla. A cambio, desearía situar la cuestión más propiamente en la teoría del Derecho para estudiar en § 3 las implicaciones para la teoría del Derecho de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales. Sin embargo, antes desearía referirme a algunas de las implicaciones en el plano político.

2. *Los principios iusfundamentales como problema político*

Según Robert Alexy (2003, 32 ss.), los derechos fundamentales exhiben cuatro rasgos en grado máximo: (i) presentan máxima jerarquía, (ii) gozan de máxima fuerza jurídica, (iii) regulan objetos de máxima importancia y (iv) adolecen de máxima indeterminación. El autor alemán considera que estos rasgos aisladamente considerados no revisten gravedad, pero su acumulación resulta sucesivamente inconveniente en el sentido de que cada rasgo deviene gravoso al conjugarse con el que le sigue: la máxima jerarquía de los derechos no representaría un problema de no ser porque éstos gozan de máxima fuerza (vinculatoriedad). La máxima fuerza jurídica carecería de relevancia si el objeto de regulación de las normas de derechos fundamentales careciera de importancia, pero no es el caso. Y, a su vez, la importancia del contenido de estas normas no sería preocupante, si no fuera porque se expresan mediante normas indeterminadas.

Como hemos visto, no existe pleno acuerdo a la hora de especificar el tipo de indeterminación que afecta a las normas sobre derechos fundamentales, pero suele afirmarse que tiene que ver con su configuración como principios (y no como reglas). Así que, si bien la configuración de los derechos fundamentales como principios es de por sí un rasgo problemático, lo más llamativo es que problematiza todos los anteriores y se convierte en una cuestión clave del Estado constitucional: por su contenido, los derechos fundamentales constituyen el elemento más importante de la Constitución y en este sentido requieren la protección más intensa. Pero por su forma, los derechos fundamentales se distinguen por presentar una estructura de *principio* que, en cualquiera de sus polémicos sentidos (como normas vagas, generales, abstractas, abiertas, indeterminadas, fundamentales, reformulatorias, axiológicas, *superables* o *derrotables*, de carácter no concluyente o *prima facie*, etc.), procuran en principio a los jueces un margen más amplio para su actividad interpretativa y argumentativa a la hora de la aplicación. Así surgen las tensiones entre el aspecto político y el aspecto estructural y funcional de los derechos fundamentales: ¿es acaso aceptable (y si sí lo es, deseable) que los contenidos más importantes de la Constitución se formulen bajo la forma de principios?

Como es sabido, debemos un rotundo ‘sí’ a la “teoría de los principios” de Robert Alexy (2002, 2003b; Borowski 1998, 2003). Se trata de una teoría

ampliamente conocida, que, en síntesis, mantiene que los derechos fundamentales son principios y esto significa que funcionan como “mandatos de optimización” (*i.e.* como normas que deben aplicarse en el mayor grado dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas: Alexy 1993, cap. III). Este tipo de teorías debe enfrentarse al menos a dos problemas de relevancia política: el riesgo de devaluación de los derechos fundamentales y el riesgo de desequilibrar la configuración institucional de los poderes en el Estado constitucional.

a) *El riesgo de devaluación de los derechos fundamentales.* En relación con los derechos individuales y en un plano muy intuitivo hay, en efecto, algo de contradictorio en que disciplinemos con suma precisión el empaquetado de productos cárnicos mientras regulamos a través de principios muy generales nada menos que nuestros derechos fundamentales (en ejemplo de Alexy 2003, 35). En este sentido, la garantía de los derechos fundamentales es “una cuestión de principio, pero al mismo tiempo impropia de principios” (Rodríguez-Toubes 2000, 13). Algunas imágenes conocidas ilustran esta paradoja de manera particularmente expresiva: parece extraño que los “triumfos” (Dworkin 1984, 37) que son los derechos individuales, sean al mismo tiempo “derrotables”; parece peligroso que el “coto vedado” (Garzón 1989, 645) en el que se refugian los derechos de la tradición liberal pueda verse eventualmente allanado por los poderes del Estado y singularmente por la discreción judicial (cfr. Dworkin 1994); parece ineficaz concebir los derechos fundamentales en el Estado constitucional como “cortafuegos” (Habermas 1998, 332) cuando no conocemos los límites del ámbito que debemos preservar. En suma, el contenido de los derechos fundamentales presenta una apariencia innegociable desmentida una y otra vez por su estructura, que permite introducir nuevas excepciones a la aplicabilidad de un principio y que no eran previsibles *ex ante*. La dogmática constitucional traduce esta tensión en su debate entre teorías absolutas y teorías relativas del contenido esencial de los derechos fundamentales (cf. e.g. Prieto 2002, 106 ss.).

b) *El riesgo de desequilibrar la configuración institucional de los poderes en el Estado constitucional.* En relación con las tensiones que la configuración principal de los derechos fundamentales introduce en el diseño institucional del Estado, las críticas infligidas a la teoría de los principios desde diversos flancos se polarizan según Alexy (2002, § I) entre quienes censuran que los derechos fundamentales configurados como principios dicen “demasiado poco” y los que opinan que dicen “demasiado”. Entre los primeros se cuenta el filósofo Jürgen Habermas (1998, cap. VI), quien ha sostenido que los derechos fundamentales dicen *demasiado poco* en la medida en que se expresen a través de principios. Como consecuencia de ello, los jueces (ordinarios y constitucionales) obtendrían un incremento irrazonable de poder. Por el otro lado se hallan críticos, como el jurista Böckenförde, que han sostenido que los derechos fundamentales dicen *demasiado*, pues, en la medida en que se expresen a través de principios, los derechos fundamentales serían capaces de regularlo todo, anulando de algún modo la mediación del Legislativo. Imágenes como la de la Constitución como “huevo originario” (Forsthoff 1975, 242, según Alexy 2002, 16) o como el llamado “efecto de irradiación” (Alexy 1993, 507 ss.) o de “impregnación” (Guastini 2003, 49) de los derechos fundamentales sobre el resto del ordenamiento expresan esta vocación omnirregulativa de los derechos

fundamentales a la que se añade la “sobreinterpretación” (Guastini 2003, 53) de que pueden ser objeto (en el sentido de que pueden invocarse ante cualquier controversia) y que puede conducir en última instancia al estrangulamiento del Legislador, quien, víctima de una *tiranía de los principios*, corre el riesgo de perder todo margen para ejercer sus funciones normativas.

En suma, si los principios constitucionales dicen *demasiado poco*, entonces los jueces pueden llegar a decir *demasiado* y si los principios constitucionales dicen *demasiado*, entonces al Legislador le quedará *demasiado poco* que decir. En ambos casos se critica la desvirtuación del modelo de Estado constitucional, esto es, se denuncia que el Estado constitucional pueda derivar hacia una forma de Estado jurisdiccional, un Estado en el que los órganos jurisdiccionales podrían quedar desvinculados del principio de legalidad (en este sentido habla Guastini (1992a, 177 ss.) de la “*inconsumación [incompiutezza]* del Estado de Derecho”). De este modo, el problema de la estructura de los derechos fundamentales deriva hacia un problema político de gran trascendencia, que cabría condensar encadenando dos expresiones de Alexy (1984, 406): la “omnipresencia de la Constitución” da lugar a la “omnipotencia de los tribunales”.

Hasta aquí los problemas que nos abocan a una lectura pesimista de la teoría de los principios. Sin embargo, es posible sostener una lectura optimista de la teoría de los principios que, de hecho, aquí será asumida moderadamente. Según la lectura optimista, precisamente por su importancia, jerarquía y resistencia, los derechos fundamentales requieren conservar su valor normativo y su titularidad por parte de los individuos incluso en caso de (inevitables) colisiones entre ellos, de modo que su validez en el sistema y la titularidad por parte de los individuos se mantenga incólume frente a las contingencias de su aplicación. Desde este punto de vista, la fuerza de los derechos fundamentales residiría precisamente en su flexibilidad estructural (principal). El argumento deviene así retorsivo: (*ad a*) la configuración de los derechos fundamentales como principios no sólo no supone su devaluación, sino que refuerza su posición en el sistema de fuentes y cuenta con la ventaja de que ofrece una imagen bastante intuitiva del razonamiento jurídico en materia iusfundamental. Sin embargo (*ad b*), ello exige un esfuerzo suplementario de fundamentación de la racionalidad (objetividad) de la labor jurisdiccional para contrarrestar las tensiones que surgen en la relación de fuerzas entre los poderes del Estado constitucional. Veámoslo más detenidamente.

Ad a): Es bien conocido que existen dos explicaciones alternativas a las peculiaridades que exhibe el razonamiento a partir de principios, esto es, que su aplicación pueda contar con nuevas excepciones no enumerables *ex ante*: la teoría interna y la teoría externa de los derechos fundamentales (vd. Alexy 1993, cap VI, Borowski 1998 29ss., Bernal 2003, 466 ss.).

Según la teoría interna, todo derecho fundamental en realidad se halla *delimitado* originariamente, *ex tunc*, y tan sólo debemos ir *descubriendo* su delimitación (sus excepciones). Bajo este punto de vista, los derechos tienden a asemejarse a reglas. Esto presupone que la enumerabilidad no exhaustiva de las excepciones de los principios es tan sólo aparente.

La teoría interna ofrece ventajas e inconvenientes. La gran ventaja es que consagra ante todo la supremacía de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica, reduciendo al mínimo el esfuerzo fundamentador de la actividad

jurisdiccional. Sin embargo, el gran inconveniente radica en que resulta muy artificiosa. Prueba de ello es la extraña alianza (quizá poco de fiar en este caso) que provoca entre el realismo y el formalismo jurídicos. El planteamiento es realista en la medida en que su objeto de estudio es la actividad aplicadora efectiva de los jueces, pero resulta formalista porque, en su interpretación de este fenómeno, reduce los derechos fundamentales a reglas y su aplicación a una operación subsuntiva⁵.

En cambio, según la teoría externa de autores como Alexy, el derecho fundamental no se halla *delimitado* de forma precisa originariamente, sino que expresa un derecho individual que tiende a expandirse y cuyos *límites* (excepciones) sólo podrán determinarse caso por caso, *ex nunc*. Por tanto, un derecho fundamental presenta un carácter *prima facie* cuya determinación se confía a una ulterior ponderación *ad casum*. La teoría externa considera los derechos fundamentales como principios, cuyo contenido no se halla delimitado *ex tunc* (en el momento de su creación). Esta teoría presenta también ventajas e inconvenientes. El inconveniente radica en que requiere perentoriamente algún apoyo objetivo que compense el déficit de seguridad jurídica que abre su *impredecibilidad*. La gran ventaja consiste en que ofrece una descripción menos artificiosa del funcionamiento de las normas iusfundamentales (e.g. Prieto 2000, 436) y más honesta, en el sentido de que se enfrenta a los problemas reales que provoca la aplicación de principios iusfundamentales y no los deja a un lado cómodamente como hace la teoría interna⁶.

Por otra parte, en un plano que podríamos llamar simbólico, atento a los usos lingüísticos de los juristas, la teoría externa (*i.e.* la teoría de los principios) en realidad refuerza el *valor* de los derechos fundamentales: cuando no se sigue el efecto jurídico de una regla aplicable solemos decir que es *inválida*, que queda *excepcionada* o, en el peor de los casos, que ha sido *infringida*. Paralelamente, cuando no se siguen los efectos de un principio aplicable, raramente cuestionamos su validez: a veces ha sido *desplazado* ante otros con los que había sido *ponderado* y, en el peor de los casos, decimos que ha sido *vulnerado*. Intuitivamente, parece ser que hay algo de *mal irreversible* en la ineficacia de una regla y en cambio algo de mero *mal pasajero* en la ineficacia de un principio. La consideración de los derechos fundamentales como principios reconoce el inevitable hecho de que éstos a veces pueden entrar en conflicto con otros que pueden desplazarlos en un caso determinado. Por eso, tanto si atendemos a la teoría objetiva como a la teoría subjetiva de los derechos fundamentales (vd. e.g. Cianciardo 2000, 253 ss.; Prieto 2002, 105-6), ante todo se preserva respectivamente su validez en el ordenamiento y su titularidad por parte de los

⁵ Por ejemplo, en España han sostenido la teoría interna Ignacio de Otto (1988, 137 ss) y más recientemente Rodríguez-Toubes (1998 y 2000, 148 ss., si bien es cierto que como ideal regulativo de la interpretación jurídica: 2000, 137-9). También con matices se inclina por esta posición Martínez-Pujalte (1997, 126 ss.). Mantiene una teoría interna conciliadora con una “metodología dinámica” en la interpretación de los derechos fundamentales P. Serna (1994). Cianciardo (2000, 250) refuerza esta conciliación hasta llegar a una *teoría externa moderada*. A veces estas posiciones parecen comprometidas con teorías éticas de carácter absoluto, un carácter que repercute sobre su concepción de los derechos fundamentales en la forma de teorías internas de los derechos fundamentales o como teorías absolutas sobre su contenido esencial.

⁶ En España sostienen la tesis externa entre otros Gascón 1990, 272 ss. y Prieto 1990, 153 ss.

individuos. La inmunidad de la validez y la titularidad de los derechos frente a su ineficacia particular constituye lo que podríamos denominar el *efecto simbólico* de la teoría de los principios. Esta idea se encuentra íntimamente ligada a una distinción clara entre el contenido de un derecho y su garantía e incluso la distinción entre el discurso de validez y el discurso de aplicación. El hecho de que un derecho se halle o no apropiadamente garantizado en cuanto a su eficacia no afecta a su validez.

Ad b) ¿Cómo puede afrontar la teoría externa las tensiones que puede provocar en la relación de fuerzas entre los poderes del Estado constitucional? En el fondo, la opción por una regulación mediante principios o mediante reglas se manifiesta como una pugna de valores siempre dentro de un marco liberal: es obvio que en principio las reglas privilegian la idea de seguridad y refuerzan el postulado del legislador racional mientras que los principios privilegian la filosofía de los derechos individuales preexistentes y resistentes a las decisiones del Estado a costa de las ideas de sistematicidad, coherencia, seguridad, legalidad, etc. Dentro del marco del Estado constitucional, la concepción optimista confía en un desenlace favorable a los principios en materia iusfundamental. Sin embargo, la viabilidad (legitimidad) de una concepción optimista de la teoría de los principios en el plano político depende al final de la posibilidad de establecer alguna instancia de objetividad (semántica y ética) que permita fiscalizar las decisiones jurisdiccionales. La teoría de la argumentación jurídica ha de cumplir esta función. Por esta razón, la teoría de la argumentación jurídica constituye una pieza clave de la teoría externa de los derechos fundamentales. Esta cuestión de fundamentación es independiente del diseño institucional del Estado que luego reclame cada cultura jurídica.

i) En relación con la objetividad semántica, una teoría de los principios parece asentarse sobre dos presupuestos fundamentales sobre el Derecho (y singularmente sobre los principios constitucionales): que no está absolutamente indeterminado y que no está absolutamente determinado (cfr. Moreso 1997). Sobre sendos presupuestos se basa en realidad la posibilidad teórica y la necesidad práctica de una teoría de la argumentación jurídica. Si el Derecho fuera absolutamente determinado, entonces no tendría sentido una teoría de la *argumentación*. Si el Derecho fuera absolutamente indeterminado, entonces no tendría sentido una teoría de la argumentación *jurídica* (podríamos desarrollar una teoría de la argumentación moral sin más). En la medida en que los derechos fundamentales se expresan a través de principios que ponen de relieve estos dos presupuestos con especial intensidad, refuerzan el protagonismo de una teoría de la interpretación y la argumentación.

ii) En relación con la objetividad ética. A menudo se ha sugerido que el recurso al razonamiento sobre bases extrajurídicas que impulsa una teoría de los principios compromete gravemente la objetividad del razonamiento jurídico, porque supone atribuir al juez la emisión de juicios morales. Sin embargo, el argumento deviene retorsivo, pues aquí se asumirá (dogmáticamente por ahora) precisamente todo lo contrario: el único modo de fundamentar la labor jurisdiccional en la aplicación de derechos fundamentales reside en concebir la aplicación del Derecho como un caso especial de razonamiento moral, pues sólo a través del discurso moral podemos alcanzar resultados de un cierto nivel de

objetividad y ello representa en realidad un presupuesto pragmático de la argumentación jurídica. Éste es el núcleo de la “pretensión de corrección” de Alexy⁷: la propia actividad argumentativa se autoanularía (“se autodestruiría”, diría la teoría de la acción comunicativa) si no se presupusiera que es posible dar *buenas razones* a favor de una decisión, esto es, que es posible argumentar.

Sin embargo, argumentar objetivamente no significa argumentar sobre bases inamovibles. Una teoría de los principios parece asentarse sobre dos presupuestos más: por un lado, que es posible argumentar sobre bases objetivas, pero, por otra parte, que no es posible argumentar sobre bases absolutas. Es decir, los principios iusfundamentales permiten afirmar sin incurrir en contradicción y en ausencia de modificaciones legislativas entre t_1 y t_2 : “En el momento t_1 , el Derecho dice ‘obligatorio p’, según los principios constitucionales P1...Pn” y “En el momento t_2 , el Derecho dice ‘prohibido p’, según los principios constitucionales P1...Pn” (razonamiento análogo a Moreso 2003a, § 5). Los principios iusfundamentales modulan el contenido del Derecho precisamente porque abren el Derecho a la moral (o la argumentación jurídica a la argumentación moral). Esto explica por qué constituciones como la española son consideradas *living Constitutions* (Aragón 1989, 80) que pueden dar lugar a decisiones cambiantes en el tiempo a pesar de que la Constitución no se considera vulnerada por ello. En otras palabras, por qué los *conceptos* de la Constitución dan lugar a diversas *concepciones*. La explicación de esta inestabilidad de las decisiones en materia iusfundamental tiene que ver en primer lugar con la vinculación del discurso jurídico al moral que generan los principios iusfundamentales y, en segundo lugar, con la inestabilidad que ahora admite el propio discurso moral. La derrotabilidad del Derecho en última instancia se explica por la “derrotabilidad en base a consideraciones morales sustanciales” (Celano 2002, 37).

Esta inestabilidad puede ser explicada de dos modos diversos: (a) podemos afirmar que se debe a la imposibilidad de razonar a partir de normas morales universales, de modo que sólo vale la solución al caso que propone el particularismo (moral o jurídico es indiferente a nuestros efectos) a partir de cierto intuicionismo moral o de un realismo jurídico extremo⁸. Esta posición ha sido criticada como explicación del carácter derrotable de los principios (Bayón 2002, 12 ss.), pero creo que no afecta en nada a la segunda posibilidad: (b) considerar que el discurso moral ha dejado de ser absoluto desde el momento en que el “hecho del pluralismo” (Rawls 1996, 67) se ha consolidado como un elemento constitutivo del lenguaje moral que exige un cierto margen⁹. Por seguir con ejemplos relativos a P1 tomado como ejemplo *supra* § 1, el matiz decisivo que distingue si una información resulta innecesariamente vejatoria puede depender de ciertas convenciones sociales (cfr. SSTC 171/1990 y 172/1990) y la referencia a

⁷ Cfr. la discusión Alexy/Bulygin 2001 y en un sentido próximo al primero Moreso 2003a § 8

⁸ Redondo (1998, 244 nota 2) asocia el particularismo jurídico al realismo extremo y a la teoría interpretativa de Ronald Dworkin.

⁹ Naturalmente, en teorías como la de Alexy pueden surgir tensiones entre su “particularismo débil” y el universalismo de raíz kantiana de su filosofía moral (Maniaci 2002), pero, como veremos, esta tensión queda aliviada cuando observamos que la teoría de Alexy considera el discurso moral en términos intrínsecamente pluralistas que atienden a las diversas formas de vida y cuya objetivación se confía a reglas procedimentales objetivas que regulan el discurso.

“las pautas de nuestra cultura” (FJ 6° de STC 231/1988) puede guiar los límites de la intimidad personal y familiar. La fuente propia de la derrotabilidad del razonamiento jurídico se halla en el constructivismo ético más que en un particularismo basado en el intuicionismo moral.

3. *Los principios iusfundamentales como problema de teoría del Derecho*

Por lo visto hasta ahora, lo que distinguiría reglas y principios sería que el conjunto de excepciones del *non refutandum* de reglas como R^1 ($\langle \neg \alpha x \rangle$) puede enumerarse exhaustivamente con arreglo al sistema jurídico antes de su aplicación, mientras que el *non refutandum* de principios como $P1$ ($\langle \neg \beta x \rangle$) no podría enumerarse exhaustivamente con arreglo al sistema jurídico antes de su aplicación. Esto explica que la actividad argumentativa que involucra reglas quede reducida a su mínima expresión (la subsunción) y explica que no sea el caso cuando se argumenta con principios. Este planteamiento permite extraer algunas conclusiones importantes para la teoría del Derecho. Por un lado, cabe concluir que la derrotabilidad resulta siempre relativa a un sistema normativo, por el otro, la derrotabilidad resulta siempre relativa a su aplicación.

3.1. La derrotabilidad es relativa al sistema jurídico

La derrotabilidad resulta siempre relativa a un sistema normativo: que, inalterado el sistema jurídico entre t_1 y t_2 , hallemos una nueva excepción en el momento t_2 significa que ésta no se hallaba previamente contemplada en el sistema jurídico en t_1 , pues de lo contrario cabría haber reformulado en t_1 el principio como una regla¹⁰. Esta consideración supone que para poder contrastar la derrotabilidad de una norma debemos conocer previamente el (sub)sistema jurídico que configura esa regla ideal de antecedente total. Para saber si una disposición normativa enuncia una regla o bien un principio, debemos conocer previamente el resto de normas relevantes del sistema jurídico. A partir de este momento, el problema estructural y funcional de los principios se convierte en un problema de teoría del Derecho (como suele ser el caso, las cuestiones argumentativas acaban conduciendo a la teoría del Derecho: cf. e.g. Páramo 1988, § 2, y ello hasta el punto de Atienza 1999). Desde esta perspectiva, el problema de los principios manifiesta su intenso holismo: no podemos saber si una disposición legal expresa un principio sin conocer (*i.e.* sin tener una teoría sobre) el sistema jurídico en su conjunto¹¹, del mismo modo que, como veremos, tampoco podemos

¹⁰ Significativamente, según Alchourrón (1991, 269), la formulación *prima facie* de las normas permite obviar la necesidad de referirse al resto de las normas del sistema jurídico para formular cada norma del sistema.

¹¹ Es más, seguramente, ni siquiera podemos saberlo sin conocer las técnicas interpretativas imperantes en la cultura jurídica en presencia o la axiología que incorpora ese sistema jurídico. En un ordenamiento jurídico que, como el español, reconoce en su Constitución la justicia forma parte de sus valores superiores (art. 1.1), se facilita la apertura a consideraciones extralegales.

saber si una norma es derrotable, si no es efectivamente excepcionada en su aplicación.

Pero, por otra parte, una vez constatado que nos hallamos ante una genuina excepción, surgen problemas de justificación, pues valdría decir que si una excepción está justificada, entonces el sistema de justificación no puede considerarla como una excepción; y si es una excepción, entonces no puede hallarse justificada. Desde este punto de vista, lo característico de una excepción es que no está justificada. Siguiendo a Ramsey, Atria (2000, 443 ss.) se refiere a la paradoja recién indicada como “el caso de la curiosa excepción”. En términos muy generales, ésta es una forma de expresar cómo se entrelazan dos problemas muy serios que afectan a la aplicación de normas jurídicas. Cristina Redondo (1998, 248 ss., 261 ss.) se refiere a ellos como la “objección epistémica” y la “objección justificatoria”. Según la objeción epistémica, no podemos conocer el contenido de las normas jurídicas (sus excepciones). Según la objeción justificatoria, si conocemos las normas jurídicas, no podemos justificar su aplicación (en la medida en que sean realmente excepciones). Este problema general de los sistemas justificatorios puede plantearse de muchas maneras en un plano moral y en un plano jurídico y en ambos requiere la introducción de la dimensión temporal y en su caso el reconocimiento de la pluralidad de sistemas de justificación en la actividad argumentativa. Veámoslo.

a) En el plano jurídico, cabe advertir que los sistemas jurídicos cambian (y los subsistemas que conforman reglas de antecedentes totales) cada vez que ingresa o egresa una nueva norma. Por ejemplo: cada vez que se introduce una nueva excepción a una disposición general en el diario oficial correspondiente. Sin embargo, en tal caso no dudamos en hablar del mismo ordenamiento jurídico antes y después de ese cambio. Como es sabido, para resolver esta paradoja en el Derecho, Bulygin (1991, 197) distinguió entre “sistema jurídico” (SJ) y “orden jurídico” (OJ) : con la introducción y/o derogación de normas en SJ_1 , éste se transforma en SJ_2 , pero OJ mantiene la identidad y confiere unidad al Derecho a partir de los criterios de pertenencia de las normas al sistema en cada momento. OJ se refiere, pues, a la secuencia de sistemas jurídicos ($SJ_1, SJ_2, SJ_3...SJ_n$) que se suceden respectivamente en los sucesivos momentos ($t_1, t_2, t_3...t_n$), unificados por un criterio positivista de pertenencia al sistema como por ejemplo la regla de reconocimiento hartiana. Así pues, cuando surge una excepción, el sistema jurídico SJ_1 se transforma en SJ_2 siempre que la excepción haya sido dictada de acuerdo con los criterios de pertenencia a SJ_1 y SJ_2 que define el OJ. En este caso, la norma que se incorpora a SJ_2 en conflicto con SJ_1 representa una *excepción* a SJ_1 justificada por OJ en SJ_2 . Sin embargo, la derrotabilidad que interesa aquí tiene otra génesis. El problema es que las excepciones que nos interesan no parecen asumibles por los criterios positivistas del OJ. La derrotabilidad de la que se ocupa este estudio es la que se origina en las bases morales del razonamiento jurídico. Si admitimos este extremo, entonces la derrotabilidad jurídica debe remitirnos a la derrotabilidad en el plano moral y esa derrotabilidad se halla, a su vez, fuertemente vinculada a la dimensión constructivista y pluralista del discurso moral.

b) En el plano moral, Atria (2000, 445) infiere del caso de la curiosa excepción que la derrotabilidad *en el plano moral* es inaceptable. Este riguroso

antiparticularismo parece exagerado y contraintuitivo, al menos desde el momento en que concedamos una mínima relevancia al pluralismo en el discurso moral en línea con el constructivismo ético. El pluralismo presenta una dimensión sincrónica (los diversos individuos tienen en el momento t_1 diversas concepciones del bien), pero también una dimensión diacrónica (los diversos individuos tienen en momentos diversos t_1 t_2 ... t_n diversas concepciones del bien). Esto priva de parte de su *curiosidad* a la curiosa excepción, pues la nueva excepción que surge en el momento t_2 es una genuina excepción al sistema de justificación de t_1 , pero dejaría de serlo en cuanto se incorpore al sistema de justificación en t_3 . Pero además de aludir a la dimensión temporal, resulta de utilidad comprobar los mecanismos subyacentes al fenómeno de la tolerancia, que es un caso especial de la relación norma general-excepción sobrevenida, de derrotabilidad. Cuando excepcionamos, toleramos en alguna medida.

En efecto, cuando toleramos una conducta, en realidad estamos proponiendo una *excepción justificada*, lo cual ciertamente resulta paradójico a primera vista. Sin embargo, como propone Garzón (1992, 406), la explicación tiene que ver con la articulación de dos sistemas de justificación: un “sistema normativo básico” (Snb) (análogo a Sj_1), que *en principio* proscribiera la excepción, y un sistema de orden superior, el “sistema normativo justificante” (Snj) (análogo a OJ), que proporciona razones (o mecanismos) para introducir la excepción a Snb. Si Snj determina el pluralismo como un elemento que debe ser tomado en consideración por Snb, entonces las *excepciones* a Snb quedan *justificadas* por Snj. La paradoja de la curiosa excepción se desvanece. Las excepciones justificadas son posibles en el discurso moral y ello explica a su vez la derrotabilidad de ciertas normas jurídicas.

En relación con la derrotabilidad, la teoría del Derecho positivista parece seguir dos estrategias alternativas: la primera consiste en minimizar la importancia de la derrotabilidad propia de los principios en el razonamiento jurídico con el fin de preservar una posición positivista (e.g. Rodríguez 1997); la segunda consiste en reconocer la derrotabilidad propia de los principios jurídicos y negar su incompatibilidad con la teoría del Derecho positivista (e.g. Bayón 2000). La primera parece desenfocada al restar importancia a la derrotabilidad, aunque ello quizá indique el acierto de intuir el carácter devastador del argumento de los principios contra una concepción positivista (Rodríguez, 1997, 167). La segunda en cambio parece distorsionadora al restar importancia a la eficacia antipositivista de la derrotabilidad, aunque con el mérito de reconocer la relevancia de la derrotabilidad en la argumentación jurídica. Pero estas estrategias positivistas no parecen del todo satisfactorias¹². Según creo, no podemos determinar el conjunto de excepciones a un principio, precisamente porque el discurso moral no puede

¹² Permítaseme una nota introspectiva con propósitos moderadamente autoexculpatorios: intenté defender en García Figueroa 1998 un planteamiento positivista que mantuve en GF 1999 (en contra, Lifante 2000) y maticé en GF 2001 y 2003. Personalmente, no veo obstáculo en reconocer que estaba equivocado, pero creo que estaba en un error explicable y hasta cierto punto justificable: *dentro* de la dialéctica positivismo/iusnaturalismo, el positivismo goza de una clara superioridad. Sin embargo, todo parece indicar que se trata de una dialéctica agotada (y en tal medida lo está el positivismo) que exige un nuevo paradigma que se ha dado en llamar *neoconstitucionalismo* (infra § 3). Por tanto, creo compatible hablar de un acierto interno (a favor del positivismo) que se traduce en un error externo (adhesión implícita al paradigma positivismo jurídico/iusnaturalismo).

establecer *ex ante* un conjunto de excepciones al principio moral sobre el que se asienta el principio jurídico. La derrotabilidad jurídica es sobre todo “derrotabilidad sobre bases éticas” (Celano 2002, 37) y esto representa un problema particularmente para una teoría del Derecho positivista (aunque no sólo para ella), así que asumiré un planteamiento no positivista. Veamos algunas consideraciones relevantes para estudiar la incidencia del fenómeno de la derrotabilidad sobre la teoría del Derecho.

3.2 La derrotabilidad es relativa a la aplicación del Derecho. La derrotabilidad como propiedad disposicional.

Acabamos de ver que la derrotabilidad es relativa al sistema jurídico. Pero la derrotabilidad resulta también relativa a la aplicación del Derecho, pues en tanto *no se refute* la ausencia de excepciones a un principio, se aplica su consecuencia jurídica. En este sentido no podemos saber con toda certeza si una disposición legal expresa un principio sin conocer su efectiva aplicación o, mejor, su efectiva *inaplicación* por razón de una excepción. Por tanto, vale decir que *mientras no se refute*, el principio funciona como una regla. Esto significa que la derrotabilidad no es una propiedad categórica o intrínseca de los principios, sino una propiedad disposicional¹³. Como en el caso de cualquier otro predicado disposicional, la derrotabilidad sólo se *manifiesta* cuando se verifica una cierta condición. En este caso: la concurrencia en t_2 de otra norma en colisión que excluya los efectos o la aplicación del principio sin que ello fuera previsible (*i.e.* jurídicamente justificado) en t_1 .

Me parece que a pesar de sus inconvenientes (cfr. Bayón 2002, 3 ss.), el operador ‘< >’ (introducido por Sartor (1993) para distinguir el *non refutandum*) nos ayuda a comprender este extremo. Que hasta el momento de su colisión con otras normas, reglas y principios funcionen de forma aparentemente uniforme ha provocado alguna perplejidad, a partir de la cual se ha concluido que la distinción entre reglas y principios sólo funciona en el plano de la aplicación efectiva del principio (o, por decir mejor, de la *inaplicación efectiva* del principio) y no pueden, por tanto, establecerse diferencias estructurales severas (Gianformaggio 1985, 72; Prieto 1992, 45; 1998, 61; García Figueroa 1998, 153 ss.). En realidad, esta idea contiene una parte de verdad, pero no toda. También la sal sólo se disuelve cuando se la introduce en agua, pero eso no significa que no podamos distinguirla por su solubilidad del hierro, por ejemplo.

En toda disposición se hallan involucrados varios elementos: una *manifestación* de la disposición, una *condición* de la manifestación de disposición y, finalmente, una *base* de la disposición (García-Carpintero 1996, 135 ss.). Por ejemplo, dada la solubilidad de la sal en el agua, la *manifestación* de la disposición consiste en la efectiva disolución de la sal en el agua. La *condición* para que esta manifestación tenga lugar consiste en el hecho de que la sal sea sumergida en agua. Finalmente, la *base* de la disposición es el conjunto de propiedades (químicas en este caso) que causan la disolución de la sal en el agua. Así pues, en el caso de la solubilidad de la sal, la base de esta disposición es la

¹³ Aquí puede hacerse uso del concepto de propiedad disposicional en un sentido elemental. Sobre la compleja discusión en torno a esta cuestión, vd. Malzkorn 2001.

estructura química de la sal, pero ¿cuál es la base de la derrotabilidad de los principios en general y de los principios iusfundamentales en particular?

3.2.1. La derrotabilidad sobre bases éticas. La tesis de la disposición a la corrección y el paradigma neoconstitucionalista

Responder a la última cuestión planteada significa delimitar el campo de la derrotabilidad que nos interesa. Aquí se asume que la base más relevante de la (al menos mayor) derrotabilidad de los principios iusfundamentales se explica (pero también se justifica) por sus bases éticas. La base de la disposición a la refutación (derrotabilidad) consiste en otra disposición: la disposición del Derecho en general y de los principios iusfundamentales en particular a la corrección. Denominaré *tesis de la disposición a la corrección* a la idea de que todo sistema jurídico presenta una disposición a la corrección que puede ser actualizada argumentativamente. La tesis de la disposición a la corrección se opone tanto a la tesis de la corrección iusnaturalista, según la cual todo Derecho es en alguna medida correcto, como a la tesis de la separación, según la cual ningún Derecho es necesariamente correcto en medida alguna. Como veremos en un minuto, la tesis de la disposición a la corrección se opone a dos presupuestos que comparten positivismo y jusnaturalismo: el dualismo Derecho/moral y el objetualismo como forma de concebir el Derecho.

Si la base de la disposición a la refutación de los principios (su derrotabilidad) es la disposición a la corrección del Derecho, entonces ¿cuál es la base de la disposición a la corrección del Derecho? La *manifestación* de la disposición a la corrección del Derecho consiste en la aplicación de soluciones correctas por parte de los aplicadores del Derecho. La *condición* de esta disposición consiste en la efectiva aplicación de una correcta teoría de la argumentación jurídica a partir de las normas válidas y la *base* de la disposición a la corrección del Derecho se puede hallar en diferentes aspectos del Derecho.

Sería un ejemplo de ello, la conocida pretensión de corrección asociada a los actos de habla regulativos que formula Alexy inspirado en la teoría de Habermas. Sin embargo, aquí preferiría evocar la idea de Fuller (1964, 39) (una entre otras que quizá conviniera recuperar –vd Escudero 2002) de que ciertos aspectos formales del Derecho constituyen su “moral interna”, esto es una serie de rasgos que todo sistema jurídico necesita para subsistir, pero que al mismo tiempo presentan virtudes morales. Según mi planteamiento diríamos que estos rasgos inclinan el sistema jurídico, lo *disponen*, a una corrección moral. Sin embargo, esta base general de la disposición a la corrección del Derecho en general se ha visto reforzada con el advenimiento del Estado constitucional, que ha permitido que la base de la disposición a la corrección deje de ser meramente formal para pasar a ser sustancial. En este sentido, la incorporación de derechos fundamentales ha supuesto un reforzamiento, pero sobre todo una *materialización* de la disposición a la corrección. Por otro lado, también se ha transformado el discurso moral y ello ha trastocado los términos sobre los que se asienta la dialéctica tradicional entre positivismo y jusnaturalismo. Veamos estas cuestiones con algo más de detenimiento.

Aquí desearía sostener que las transformaciones experimentadas por los Estados constitucionales erosionan no sólo al positivismo jurídico, como en principio parece, sino más bien los presupuestos comunes sobre los que se funda la propia dialéctica entre positivismo y iusnaturalismo. Llamaré “*presupuesto del dualismo*” a la idea de que el objeto de la teoría del Derecho debe ser la elucidación de las relaciones entre dos esferas normativas, Derecho y moral, entre las que se afirman (iusnaturalismo) o se niegan (positivismo) relaciones conceptuales necesarias. La negación de este presupuesto supone afirmar que Derecho y moral no son órdenes normativos diversos entre los que se afirman o niegan relaciones, sino que existe un orden normativo práctico en el que institucionalización y corrección transigen. Por tanto al presupuesto del *dualismo* se opone la tesis del *gradualismo* entre Derecho y moral (vale decir, la tesis de la unidad de la razón práctica).

El segundo presupuesto que desearía cuestionar sería el del objetualismo (cfr. Barberis 1990, 46-51; Lifante 2000, 726; Sastre 2001, 581 ss; Villa, 1999, 137-139). Según el objetualismo, el Derecho puede ser estudiado como un objeto acabado. De acuerdo con lo que se ha expuesto aquí, el objetivo de una teoría objetualista del Derecho consistiría en establecer el conjunto de propiedades *verificables* en todo Derecho (propiedades intrínsecas o categóricas). De esta forma se afirma (iusnaturalismo) o niega (positivismo) la corrección moral como una propiedad intrínseca de todo sistema jurídico. Sin embargo, esto parece olvidar la importancia de las propiedades disposicionales aquí examinadas y en este sentido parece olvidar que lo más relevante de un objeto cultural seguramente sean sus propiedades disposicionales actualizables interpretativa y argumentativamente.

Si el neoconstitucionalismo pretende superar el paradigma positivismo/iusnaturalismo, debe concentrarse no tanto en superar las tesis del positivismo como parece haber hecho hasta ahora, sino que más bien debe cuestionar los presupuestos comunes de ambas teorías, sobre la que perpetúan su propia dialéctica. En este sentido, es adecuada la idea dworkiniana del común agujón semántico que afecta a las diversas teorías del Derecho tradicionales.

3.2.1.1 Gradualismo contra dualismo. Una analogía

Quizá resulte particularmente ilustrativo estudiar la crisis de los presupuestos del paradigma positivismo/iusnaturalismo viendo en qué han decaído las siguientes palabras de Jeremy Bentham (1776, 9) bien expresivas del dualismo: “el ser del Derecho es, en los diferentes países, enteramente distinto, mientras que lo que debe ser es, en todos los países, muy semejante”.

Dos doctrinas fundamentales, el constitucionalismo en el Derecho y el constructivismo en la ética invalidan los presupuestos dualistas sobre los que esta cita se apoya: de un lado, el modelo jurídico del constitucionalismo se está imponiendo (Alexy 2003, 31-2) y en este sentido el Derecho está *dejando de ser enteramente distinto* uno del otro; pero además, como es sabido, el constructivismo ético ha *relativizado* la moral, de modo que ya no hablamos de *la* moral, sino más bien de procedimientos que rigen la argumentación de los participantes en el

discurso moral (ya no se sostiene, como hacía Voltaire (1764, 299), que “(i)l n’y a qu’une morale,(...) comme il n’y a qu’une géométrie”).

Desearía detenerme algo más en este argumento: si definimos ‘moral social’ como el conjunto de normas aceptadas por una comunidad con independencia de su corrección y la ‘moral crítica’ como el conjunto de normas correctas con independencia de su aceptación social, entonces vale decir que el constructivismo ha disuelto la distinción entre moral social y moral crítica. Como es bien sabido, la idea fundamental es que no existe una *caja de caudales trascendental* de la que recabar periódicamente soluciones correctas, sino que éstas sólo pueden obtenerse con instrumentos de este mundo, mediante teorías que arbitren procedimientos racionales de decisión entre individuos libres con diversas concepciones de la realidad. En diversa medida, las teorías de Rawls, Nino y, sobre todo, Habermas son bien expresivas de ello (Nino 1989, cap V). En suma, no podemos, pues, desarrollar una moral crítica independiente de la moral social porque el “hecho del pluralismo” (Rawls 1996, 67) es un elemento constitutivo del discurso moral. Bajo cierto punto de vista, el Derecho puede ser contemplado como una forma de moral social. Cualquier positivista podría asumir que el Derecho es un conjunto de normas aceptadas por una comunidad (la de los ciudadanos, los juristas o la que sea), aunque no necesariamente correctas. Pero si esto es así, se debe concluir que el Derecho, en cuanto forma de moral social, no queda desligado del todo de la moral crítica. El Derecho presenta una dimensión de corrección al menos en cuanto moral social.

Desde el momento en que el Derecho ha dejado de ser absolutamente plural y que la moral ha dejado de ser absolutamente única, la relación entre Derecho y moral se ha transformado. La relación entre Derecho y moral ya no puede plantearse como un nexo necesario o bien contingente entre dos esferas normativas escindidas como sostiene el presupuesto dualista, sino más bien como una relación gradual entre dos extremos entre los que corrección moral e institucionalización transigen. Por tanto, entre Derecho y moral hallamos actualmente un *continuum*. Desde el momento en que la corrección moral se asocia a procedimientos (desde el momento en que la moral se *juridifica*) y que el Derecho se remite a principios y valores morales (desde el momento en que el Derecho se *moraliza*) las relaciones entre Derecho y moral no pueden plantearse en los mismos términos y esto desvirtúa la dialéctica positivismo/jusnaturalismo. En esta transacción entre Derecho y moral y en este proceso de gradualización entre Derecho y moral los principios constitucionales presentan una gran relevancia. Los derechos fundamentales tanto por su contenido como por su estructura refuerzan este proceso de gradualización orientando el Derecho hacia la moral, creando, por así decir, un tropismo hacia el discurso moral que le proporciona *objetividad*, pero no objetividad *absoluta*. Veamos esta cuestión con algo más de detenimiento.

Para comprenderlo, desearía volver por un momento al problema de la configuración lógica de los principios iusfundamentales y del razonamiento jurídico. Anteriormente ya tuvimos oportunidad de ver que no existe plena unanimidad en torno a la posibilidad de una concepción lógica del razonamiento jurídico. Así, frente a la imposibilidad de reconstruir (según sostiene la “concepción lógica de la aplicación del Derecho”) una relación lógico deductiva entre la premisa normativa (la ley) y la conclusión de un razonamiento jurídico (el fallo), Hernández Marín (1999, 225 ss.) propone como alternativa su “concepción semántica de la aplicación del Derecho”.

Según esta concepción, la relación entre la ley (norma general de la premisa mayor) y el fallo (la norma particular conclusión del razonamiento jurídico) es una relación de referencia. Esto significa que el fallo es un referente lingüístico de la entidad metalingüística que es la ley. Por ejemplo, el referente de “una frase de tres palabras” es “¡al fin sólo!”; pero también “abre la puerta”. En el ejemplo utilizado aquí más arriba, el fallo “el homicida Juan debe ser condenado a n años” es un referente de R1 (“Quien mate a otro debe ser condenado a n años”). Sin necesidad de compromiso alguno sobre el problema de la aplicación de la lógica al Derecho y sus posibles soluciones, este planteamiento posibilita otra forma de comprender la derrotabilidad en el sentido de que permite establecer una analogía en relación con los principios. Desde este punto de vista, cabe afirmar que los referentes de un principio como P1 (“Quien sea lesionado en su intimidad debe ser indemnizado”) pueden ser extremadamente diversos (“Isabel debe ser indemnizada por la lesión a su intimidad”; “Pedro no debe ser indemnizado por la lesión de su intimidad”, etc.) aunque tampoco puede tener cualquier referente. Los referentes de un principio pueden ser muy plurales según el contexto. Esto permite afirmar que la relación entre el significado de un principio y el fallo sobre él basado es análoga a la relación entre un término indexical y su referente. En el caso de los principios, las reglas que rigen la indexicalidad presentan un marcado carácter moral, mientras que pragmáticamente esto no funcionaría del todo así en el caso de las reglas.

Desde este punto de vista y siguiendo con las analogías, los derechos fundamentales serían, como hemos visto, algo así como una manifestación deóntica de *deixis*, indexicales éticos, cuyo referente puede ser extremadamente plural (lo que exige la derrotabilidad de las normas), pero no arbitrario (lo que exige una teoría de la argumentación) y todo ello porque se expresan en un lenguaje moral. Son indexicales, en el sentido, por tanto, de que se expresan con términos cuyo referente no puede determinarse por resultar intrínsecamente contextual y depende de reglas que nos indican cómo usar esos términos. Por ejemplo, términos como ‘yo’, ‘ahora’ o ‘aquí’ no presentan referentes constantes y en esa medida parecen vacíos. Si un hablante poco experimentado preguntara en abstracto quién es un tal ‘yo’, o qué cosa significa ‘eso’, la respuesta sería “depende”. El uso de estos términos está marcado por reglas cuyo uso en un determinado contexto determina el referente en cada caso. El término ‘yo’ puede aplicarse a individuos muy diversos, ‘ahora’ puede referirse a momentos muy distintos y ‘esto’ puede designar muchas cosas. Sin embargo, ello no implica que podamos usar ‘yo’ para cualquier individuo, ‘ahora’ para todo momento o ‘esto’ para todos los objetos. Las reglas objetivas de uso (como la que reza “el término ‘yo’ designa al individuo que lo usa”) y el contexto particular (en el que un individuo profiere el término ‘yo’) determinan el referente.

Análogamente, expresiones como ‘igualdad’, ‘justicia’, ‘dignidad’, ‘libertad’, ‘intimidad’, ‘honor’, etc. forman parte del lenguaje de los derechos fundamentales, pero no presentan un referente *ex ante* en relación con su efectiva aplicación en un contexto y por eso hay quien los ha considerado vacíos, pero lo cierto es que en realidad dependen de la aplicación de ciertas reglas en un contexto determinado. Determinar cuál es el referente de “se debe respetar la dignidad de las personas” no parece fácil *ex ante*, pero eso no parece autorizarnos a no discriminar entre los posibles referentes (entre los que no dudaríamos en incluir la norma “no se debe

torturar a Juan” ni en excluir la norma “no se debe cobrar ningún impuesto a Juan”). Por tanto, los derechos fundamentales presentan en ciertos aspectos una apariencia semejante a los términos indexicales. Los resultados de los juicios morales pueden resultar particularmente *inestables*, pero ello no priva necesariamente de objetividad a esos juicios. Se refieren a reglas que cobran sentido dentro de un contexto, en relación con unos participantes. Por eso, su interpretación puede cambiar contextualmente, pero al mismo tiempo están sometidas a reglas. ¿Pero de qué reglas se trata?

Cualquiera puede observar que los términos que utilizamos cuando hablamos de derechos fundamentales son términos comunes al lenguaje de la moral y esto ha representado un indicio significativo para la teoría del Derecho (o al menos para una parte de ella). Por expresarlo con una analogía más, Derecho y moral comparten el mismo *glosario* y ello ha permitido conjeturar que este hecho está causado porque muy probablemente también comparten un *manual de instrucciones* común: el discurso práctico general. La idea de la unidad de la razón práctica fue sostenida en su momento por Kant y, como se ha indicado, en la actualidad es reivindicada por Robert Alexy a través de su “tesis del caso especial” (Alexy 1999 y en ese sentido MacCormick 1997, xii; Nino 1994, 79 ss; Páramo 1988). La tesis del caso especial afirma típicamente que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general. En otras palabras, siempre que razonamos jurídicamente lo hacemos moralmente en alguna medida.

Ahora bien, ¿qué teoría moral guía el uso de los indexicales éticos iusfundamentales? Si nos inclinamos por una teoría ética constructivista, esto es, una teoría que dé respuesta a nuestros problemas morales con instrumentos de este mundo, entonces deberemos desarrollar una teoría moral que defina reglas para un discurso racional, esto es, una teoría procedimental que guíe a los participantes en un discurso moral. Con la aplicación (ponderación) de principios iusfundamentales advertimos que cuando concurren razones morales (siempre bajo una teoría ética constructivista), éstas son a un tiempo objetivas y relativas. Son objetivas en la medida en que determinan un procedimiento de determinación de soluciones correctas. Son relativas en la medida en que lo son a los participantes en el discurso. Objetividad y relativismo, moral crítica y moral social transigen. De este modo se atiende al pluralismo como elemento constitutivo del discurso moral y, por tanto, del discurso jurídico. Por eso, la derrotabilidad jurídica se explica por la derrotabilidad del discurso moral. Esto supone combinar el objetivismo de las reglas del procedimiento con la subjetividad de los participantes en el discurso (Alexy 1995, 121) y explica la posibilidad de que la objetividad no signifique inmutabilidad de valores y también la imposibilidad de definir *ex ante* los contenidos de los principios constitucionales sobre derechos fundamentales. Si consideramos, pues, cláusulas como las referidas a igualdad, libertad, justicia, etc. como una especie de indexicales éticos, entonces el discurso jurídico puede absorber la tensión que existe entre la objetividad que se presume en el discurso sobre derechos fundamentales y la subjetividad que se deriva de los participantes en él y, por tanto, la tensión entre la importancia de los derechos fundamentales y la flexibilidad que requiere la actividad argumentativa sobre ellos¹⁴.

¹⁴ Creo que esta idea encuentra apoyo en algunas ideas de Robert Alexy, quien sostiene que los derechos fundamentales y la democracia se reconcilian si el Tribunal Constitucional ejerce una suerte de “representación *argumentativa*” de los ciudadanos por oposición a la representación

3.2.1.2 Disposicionalismo contra objetualismo

Junto al dualismo el otro gran presupuesto del paradigma jurídico subyacente y común al positivismo y al jusnaturalismo es cierto objetualismo. En la medida en que los derechos fundamentales funcionen como indexicales éticos, la dimensión iusnaturalista del texto constitucional se relativiza, depende de la efectiva aplicación de una teoría de la argumentación jurídica. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales no garantizan la corrección del sistema jurídico, sino que tan sólo garantizan la *disposición* a la corrección del sistema jurídico y en este sentido el error compartido tanto por positivistas como por iusnaturalistas (y que les ha abocado irremisiblemente a un proceso de retroalimentación, “el eterno retorno del Derecho natural”) consiste en haber tomado como centro de su debate si la corrección moral es (o no) una propiedad categórica (es decir, intrínseca) del Derecho, lo cual representa una aproximación metodológica muy discutible (por esencialista) a un objeto cultural. En realidad parece más adecuado tomar como central otra cuestión: en qué medida los sistemas jurídicos presentan una *disposición* a la corrección moral y, sobre todo, cómo pueda ser actualizada por una adecuada teoría de la argumentación jurídica. Esto significa fundamentalmente desplazar del centro del debate de la teoría del Derecho la cuestión de si la corrección moral es una propiedad intrínseca de los sistemas jurídicos para pasar a investigar la corrección moral del Derecho en términos disposicionales. No se afirma, pues, que el positivismo jurídico está equivocado porque el jusnaturalismo sea correcto, sino que se sostiene más bien que el positivismo jurídico está equivocado porque también lo está el iusnaturalismo. Esta estrategia debería ser central en la configuración del nuevo paradigma jurídico emergente que se ha dado en denominar neoconstitucionalismo (cfr. Carbonell 2003). El carácter disposicional de la derrotabilidad y sus problemas para un planteamiento positivista ya fueron advertidos por Alchourrón (1996, 342 ss), y vienen a indicar que existen en las normas excepciones implícitas que sólo se manifiestan bajo ciertas circunstancias. Ante los casos de derrotabilidad, de existencia de excepciones *implícitas* a un principio, la respuesta de un positivista como Alchourrón (1990, 342) consiste en que conviene “hacer explícito lo que es implícito”. A juicio de uno de sus seguidores, “que en la práctica ello sea muy engorroso, o que ni siquiera resulte necesario llevarlo siempre a cabo, no significa que las “excepciones implícitas” provengan de fantasmagóricas “normas implícitas” o “consideraciones valorativas subyacentes” (Rodríguez 1997, 166).

Sin embargo, la exclusión *a priori* de toda duda en torno al modelo positivista de Derecho que sostienen es precisamente lo que habría que cuestionar. De hecho, ahí radica precisamente el problema de la derrotabilidad en cuanto propiedad disposicional. No podemos hacer explícitas las excepciones implícitas de una norma hasta que se cumplan las condiciones de manifestación de la excepción implícita. En

política de éstos en el Parlamento (Alexy 2003, 40; 2000, 39ss.). Esta afirmación se sitúa en el plano de la fundamentación de un posible control de las decisiones políticas tomadas por el Legislador. El diseño institucional para hacer efectiva esta articulación es problemático y dependiente de las particularidades de cada cultura jurídica (cfr. las discrepancias al respecto entre Moreso 1997 y Bayón 2003).

este sentido sería más correcto hablar de excepciones *potenciales* o *latentes* y no de excepciones “*implícitas*”. Dado que esas excepciones latentes (o implícitas) presentan carácter moral y dado que a su vez el discurso moral está constitutivamente comprometido con el constructivismo y el pluralismo, queda excluida la posibilidad de concebir el Derecho como un objeto acabado según la concepción objetualista. El resultado trivial es que resulta imposible hacer explícitas las excepciones latentes hasta que no *se conviertan* en explícitas (*actuales*) y eso no puede hacerlo la teoría del Derecho.

Esto puede parecer un problema grave para la configuración de una teoría del Derecho, pero la filosofía está habituada a estos escándalos (“el escándalo de la filosofía” -González Lagier 1995, 118- que provoca el no resuelto problema de la causalidad es uno de ellos con el que guarda cierta similitud). En todo caso, tenemos dos opciones: aceptar la existencia de predicados disposicionales en y sobre el Derecho y reconocer las insuperables limitaciones de nuestros esquemas conceptuales positivistas o bien excluir las disposiciones de nuestro análisis y manejar a toda costa un esquema conceptual positivista muy deficiente y seguramente distorsionador. La estructura de los principios muestra así las profundas dificultades que presenta una concepción positivista del Derecho. Aquí se asume, pues, un planteamiento no positivista y ello no tanto por una concepción fuerte de la relación entre Derecho y moral, cuanto por la imposibilidad de trazar límites en el Derecho al margen de y previos al momento de su interpretación y aplicación. En otros términos, el problema del positivismo jurídico radicaría sobre todo en su orientación preinterpretativa (Dworkin 1992) en la objetualización del Derecho que provoca y no tanto la tesis de la separación conceptual, que en realidad presupone el carácter objetual del Derecho.

En suma, la cuestión que tradicionalmente ha intentado responder la teoría del Derecho se ha formulado así: ¿existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral? Los positivistas han respondido negativamente y los iusnaturalistas afirmativamente, pero este disenso encubre el acuerdo sobre el propio planteamiento de la cuestión: ambos responden a la misma pregunta y en este sentido comparten al menos dos presupuesto comunes relevantes que definen: el objetualismo y el dualismo, frente a los que habría que oponer disposicionalismo y gradualismo.

El objetualismo de la propia dialéctica positivismo-iusnaturalismo se desprende de que considera posible y deseable investigar las características *verificables* en *todo* Derecho en relación con *la* moral. Sin embargo, esto ignora las peculiaridades de un objeto cultural como el Derecho, fuertemente interpretativo. Desde este punto de vista, la tesis de la disposición a la corrección se opone tanto a la tesis de la separación como a la tesis de la vinculación de Derecho y moral. Desde este punto de vista, el problema del positivismo (y del iusnaturalismo) vendría a ser, en definitiva, que olvida la relevancia de las disposiciones en el Derecho (la condición interpretativa del Derecho): la disposición a verse excepcionadas (derrotabilidad) sobre bases morales y su disposición a la corrección moral. Ambas disposiciones se hallan entrelazadas en el sentido de que la primera es consecuencia de la segunda. La concepción objetualista del Derecho debe ser sustituida por una concepción disposicionalista del Derecho que permite estudiar el Derecho en un plano interpretativo.

Obras citadas

- ALCHOURRÓN C.E. (1990), "On Law and Logic", en *Ratio Iuris*, vol. 9, nº 4, pp. 331-48.
- ALCHOURRÓN C.E. (1991), "Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas", en Alchourrón/Bulygin 1991, pp. 267-280.
- ALCHOURRÓN C.E. Y MARTINO, A. (1990), "Logic without Truth", *Ratio Iuris*, vol.3, núm. 1, pp. 46-67.
- ALCHOURRÓN C.E. Y BULYGIN, E. (1991), *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid.
- ALEXY R. (1984), "Rechtssystem und praktische Vernunft", en *Rechtstheorie*, vol. 18, cuaderno 4, pp. 405-419.
- ALEXY R. (1985), "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", en MacCormick, D.N. & al. (comps.), *Geltungs- und Erkenntnis-Bedingungen im modernen Rechtsdenken*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, cuaderno 25, pp. 13-29.
- ALEXY R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, C.E.C., Madrid.
- ALEXY R. (1995) *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Francfort del Meno.
- ALEXY R. (1999), "La tesis del caso especial", trad. de Isabel Lifante, en *Isegoría*, 21, pp. 23-35.
- ALEXY R. (2000), "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", trad. de María Cecilia Añaños Meza, en *Derechos y Libertades*, nº 8, pp. 21-41.
- ALEXY R. (2002), "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", trad. de Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66 (2002), pp. 13-64).
- ALEXY R. (2003), "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. de Alfonso García Figueroa, en Carbonell 2003, pp. 31-47.
- ALEXY R. (2003b), "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", en *Ratio Iuris*, vol. 16, nº 2, pp. 131-140.
- ALEXY R. Y BULYGIN E. (2001), *La pretensión de corrección del Derecho*, trad. e introd. de Paula Gaido, Universidad del Externado de Colombia.
- ARAGÓN M. (1989), *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid.
- ATIENZA M. (1999), "El Derecho como argumentación", en *Isegoría*, nº 21, pp. 37-47.
- ATRIA F. (2000), "Las circunstancias de la derrotabilidad", en Squella, A. (ed.), *Sobre el razonamiento jurídico*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso (Chile), pp. 437-467.
- BARBERIS M. (1990), *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Turín.
- BAYÓN J.C. (1991), *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, CEC, Madrid.
- BAYÓN J.C. (2000), "Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico", en *Isonomía*, nº 13, pp. 87-117.
- BAYÓN J.C. (2002), "Why is Legal Reasoning Defeasible?", en *Diritto e questioni pubbliche*, nº 2, 2002 (www.dirittoequestionipubbliche.org), pp. 1-18 (existe una previa versión en castellano en *Doxa*, nº 24 (2001), pp.35-62).

- BAYÓN J.C. (2003), “Derechos, democracia y constitución”, en Carbonell 2003, pp. 211-238.
- BENTHAM J. (1970), *Of Laws in General*, ed. de H.L.A. Hart, The Athlon Press. Universidad de Londres.
- BENTHAM J. (1776), *Fragmento sobre el gobierno*, trad. de Julián Larios Ramos, Aguilar, Madrid, 1973.
- BENGOETXEA J., MACCORMICK N. Y MORAL SORIANO L. (2001), “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice”, en G. De Búrca y J.H.H. Weiler, *The European Court of Justice*, OUP, Oxford, pp. 43-85.
- BOBBIO N. (1982), voz “Principi generali di diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Turín, pp. 887-896 (ahora en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 257-280).
- BOROWSKI M. (1998), *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden.
- BOROWSKI M. (2003), *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- BULYGIN E. (1991), “Tiempo y validez”, en Alchourrón/Bulygin 1991, pp 195-214.
- CARBONELL M. (ed.) (2003), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- CARNOTA R.J. (1995), “Lógica e Inteligencia Artificial”, en C.E. Alchourrón, *Lógica, vol. 7 de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta/CSIC, Madrid.
- CELANO B. (2002), “‘Defeasibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili” en *Diritto e questioni pubbliche*, n° 2, 2002 (www.dirittoequestionipubbliche.org) pp. 34-46.
- CIANCIARDO J. (2000), *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona.
- COLEMAN J. (2001), “Incorporationism”, en id. (ed.), *Hart’s postscript. Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*, OUP, Oxford.
- COMANUCCI P. (1997), “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, en *Doxa*, n° 21-II, pp. 89-104.
- DWORKIN R.M. (1984), *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN R.M. (1992), *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona.
- DWORKIN R.M. (1994), “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, en Maribel Narváez Mora, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, pp. 475-512,
- ESCUADERO ALDAY R. (2002), “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 309-331.
- FORSTHOFF E. (1975), *El Estado de la Sociedad Industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- FULLER L.L. (1964), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- GARCÍA-CARPINTERO M. (1996), *Las palabras, las ideas y las cosas*, Ariel, Barcelona.

- GARCÍA FIGUEROA A. (1998), *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARCÍA FIGUEROA A. (1999), “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, en *Doxa*, 22 (1999), pp. 195-220.
- GARCÍA FIGUEROA A. (2001), “El “Derecho como argumentación” y el Derecho *para la argumentación*. Consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante”, en *Doxa*, nº 24 (2001), pp. 629-653.
- GARCÍA FIGUEROA A. (2003a), “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell 2003, pp. 159-186.
- GARZÓN E. (1989), “Representación y democracia”, en Garzón 1993, pp. 631-650.
- GARZÓN E. (1992), “No pongas tus sucias manos sobre Mozart”. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, en Garzón 1993, pp. 401-415.
- GARZÓN E. (1993), *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid.
- GASCÓN M. (1990), *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, CEC, Madrid.
- GIANFORMAGGIO L. (1985), “L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 65-103.
- GONZÁLEZ LAGIER D. (1995), *Acción y norma en G.H. von Wright*, CEC, Madrid.
- GUASTINI R. (1992a), “Note su Stato di diritto, sistema giuridico e sistema político”, en Montanari, B. (comp.), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Giappichelli, Turín, pp. 169-182.
- GUASTINI R. (1992b), *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín.
- GUASTINI R. (1993), *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, Milán.
- GUASTINI R. (1996), “Derecho mite, derecho incierto”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, nº 2, pp. 513-525.
- GUASTINI R. (1999), *Distinguiendo*, trad. de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona.
- GUASTINI R. (2003), “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell 2003, pp. 49-73.
- HAGE J. (1997), *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*, Kluwer, Dordrecht.
- HAGE J., PECZENIK A. (1999), “Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?”, trad. de Ángeles Ródenas, *Doxa*, nº 22, pp. 25-48.
- HAGE J., PECZENIK A. (2000), “Law, Morals and Defeasibility”, en *Ratio Juris*, vol. 13, nº 3, pp. 305-325.
- HABERMAS J. (1998), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.
- HART H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, OUP, Oxford (2ª ed. con *Postscript* editado por P. A. Bullock y J. Raz).
- HERNÁNDEZ MARÍN R. (1998), *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- HERNÁNDEZ MÁRIN, R. (1999), *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- KELSEN H. (1960), *Teoría pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, México D.F., 1991.

- KOLAKOWSKI L. (1970), *El racionalismo como ideología y Ética sin código*, trad. de Jacobo Muñoz, Ariel, Barcelona.
- LIFANTE I. (2000), “Una crítica a un crítico del “no positivismo””, en *Doxa*, , nº 23 (2000), pp. 709-728.
- MACCORMICK D.N. (1997), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, reimpr.
- MACCORMICK D.N. (1995), “Defeseability in Law and Logic”, en Bankowski, Z. & al., *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer, Dordrecht, 1995, pp. 99-117.
- MALZKORN W. (2001), “Defining Disposition Concepts: A Brief History of the Problem”, en *Studies in History and Philosophy of Science*, vol. 32, nº 2, pp. 335-353.
- MANIACI G. (2002), “Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy”, en *Diritto e questioni pubbliche*, nº 2, 2002, (www.dirittoequestionipubbliche.org).
- MARTÍNEZ-PUJALTE A.-L. (1997), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid.
- MORESO J.J. (1997), *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid.
- MORESO J.J. (2001), “El encaje de las piezas del Derecho (primera parte)”, en *Isonomía*, nº 14, pp. 135-
- MORESO J.J. (2003a), “El reino de los derechos y la objetividad de la moral”, en www.juragentium.it.
- MORESO J.J. (2003b), “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell 2003, pp. 99-121.
- NAVARRO P. Y RODRÍGUEZ, J. (2000), “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, en *Isonomía*, nº 13, pp. 61-85.
- NINO C.S. (1989), *El constructivismo ético*, CEC, Madrid.
- NINO C.S. (1994), *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994
- OTTO I. DE (1988), “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en L. Martín-Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid.
- PÁRAMO J.R. de (1988), “Razonamiento jurídico e interpretación constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, pp. 89-119.
- PÉREZ LUÑO A.-E. (1984), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- PÉREZ LUÑO A.-E. (1997), “Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 98, pp. 9-24.
- PÉREZ LUÑO A.-E. (2000), “La peculiaridad normativa de los principios generales del Derecho”, en *Persona y Derecho*, vol. 42, pp. 131-159.
- PRIETO L. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
- PRIETO L. (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C, Madrid.

- PRIETO L. (1998), *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid.
- PRIETO L. (2000), “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Derechos y Libertades*, nº 8, pp. 429-468.
- PRIETO L. (2002), voz “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en Carbonell, M., *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa, UNAM, México, pp. 105-109.
- Redondo M.C. (1998), “Reglas “genuinas” y positivismo jurídico”, en *Análisis e diritto*, pp. 243-276
- RAWLS J. (1996), *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ J. (1998), “En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales”, en *Derechos y Libertades*, 6, pp. 397-410.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ J. (2000), *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- RODRÍGUEZ J.L. (1997), “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, en *Isonomía*, nº 6, pp. 149-167.
- RODRÍGUEZ J.L. (2002), *Lógica de los sistemas jurídicos*, CEPC, Madrid.
- SARTOR G. (1993), “Defeasibility in Legal Reasoning”, en *Rechtstheorie*, nº 24, pp. 281-316. Con leves modificaciones, también publicado en Bankowski, Z. & al., *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer, Dordrecht, 1995, pp.119-157.
- SASTRE ARIZA S. (2001), “Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica”, en *Doxa* 24, pp. 579-601.
- SERNA P. (1994), “Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, en *Humana Iura*, nº 4, pp. 197-234.
- VILLA V. (1999), *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Turín.
- VOLTAIRE (1764), voz “Morale”, en *Dictionnaire philosophique*, GF-Flammarion, París, 1964.
- WALUCHOW W.J. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, OUP, Oxford.
- WRÓBLEWSKI J. (1989), “El papel de los principios del derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica”, en *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Juan Igartua y Francisco Javier Ezquiaga, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, pp. 151-168.
- ZAGREBELSKY G. (1995), *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid.