

UN DIÁLOGO SOBRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES*

Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero

Universidad de Roma III, Universidad de Alicante

RESUMEN. En este diálogo, los autores comparan el enfoque de los principios constitucionales «regulativos» o «en sentido estricto» y de las directrices constitucionales en el «constitucionalismo garantista» defendido por FERRAJOLI y en el «constitucionalismo principialista» en el que se reconoce RUIZ MANERO.

Palabras clave: principios constitucionales, directrices constitucionales, constitucionalismo garantista, constitucionalismo principialista.

ABSTRACT. In this dialogue, the authors compare the approach to «regulative» or «in the strict sense» constitutional principles and to constitutional policies in «guarantee constitutionalism», advocated by FERRAJOLI and in «principle constitutionalism» supported by RUIZ MANERO.

Keywords: constitutional principles, constitutional policies, guarantee constitutionalism, principle constitutionalism.

* Fecha de recepción: 25 de octubre de 2011. Fecha de aceptación: 7 de noviembre de 2011.

El diálogo que aquí se publica constituye un extracto de una conversación más amplia entre los autores que aparecerá en los próximos meses en forma de libro —con el título de *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*— en la editorial Trotta. Se ha seleccionado aquí una parte de la discusión contenida en ella a propósito de principios y directrices constitucionales.

J. R. M.: Te propongo que pasemos a hablar de principios y, especialmente, de principios constitucionales. Y, dentro de ellos, para empezar, de aquellos principios a los que tú te has referido como «principios regulativos», que vienen a coincidir con los que Manolo Atienza y yo mismo hemos llamado «principios en sentido estricto». Me parece que en relación con estos principios hay claros desacuerdos entre nosotros, cosa que quizás no ocurra en el mismo grado en relación con el otro tipo de principios que tú distingues —los principios a los que llamas «directivos» y que Atienza y yo denominábamos «directrices» o «normas programáticas»—.

Vayamos, pues, a los principios constitucionales «regulativos» o «en sentido estricto». A propósito de ellos, diría que los defensores de la variante de constitucionalismo que tú llamas «principalista» hemos venido a sostener, con unos u otros matices, dos tesis, en relación con la presencia de principios en nuestros textos constitucionales: una tesis descriptiva y otra normativa. La tesis descriptiva es que en nuestras Constituciones —pero no sólo en ellas, la presencia de principios es característica de los textos constitucionales, pero no exclusiva de ellos— están presentes normas regulativas —los principios— que presentan dos características especialmente salientes: la primera es que la acción ordenada en ellos aparece caracterizada mediante términos que remiten a conceptos con fuerte carga valorativa —tales como libertad, igualdad, honor, intimidad personal, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación— sin que aparezcan precisadas las propiedades descriptivas que constituirían, en el sentido de Hare¹, las condiciones de aplicación de tales términos valorativos. Los conceptos a los que remiten esos términos —«conceptos esencialmente controvertidos», en la ya clásica terminología de Gallie²— se refieren a bienes sociales a los que, como ha escrito en mi opinión muy certeramente Marisa Iglesias, «atribuimos un carácter o estructura compleja», pues «a pesar de que consideramos y valoramos el bien en su conjunto, éste tiene diferentes aspectos que pueden relacionarse entre sí de diversas formas»³. La segunda característica saliente de estas normas a las que llamamos principios es que las relaciones de prevalencia entre los mismos —por poner el ejemplo más usual, entre la libertad de expresión o de información y el derecho al honor, o a la intimidad personal— no se encuentran predeterminadas en el texto constitucional. Estas dos características de los principios traen consigo el que la aplicabilidad de los mismos exija la elaboración de concepciones que articulen, entre sí y con el conjunto, cada uno de los aspectos del bien complejo al que apunta cada principio y que establezcan, asimismo, sus relaciones de prioridad con los diferentes aspectos de otros bienes asimismo complejos a los que aluden otros principios. Pues bien, no acabo de ver cómo el lenguaje en el que se expresan concepciones de este tipo pudiera entenderse, por decirlo en tus términos, como compuesto por «proposiciones asertivas, razonablemente aceptables como verdaderas (o impugnables como falsas) con referencia empírica a los textos normativos».

¹ R. M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952 (hay traducción esp. de G. R. CARRIÓ, *El lenguaje de la moral*, México, UNAM, 1975).

² W. B. GALLIE, «Essentially Contested Concepts», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56 (1956).

³ M. IGLESIAS, «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», en F. J. LAPORTA (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003.

La tesis normativa que, con diferencias de acento, defendemos los constitucionalistas principialistas es que es deseable que la dimensión regulativa de las constituciones esté integrada muy centralmente por principios así entendidos. Por lo siguiente: porque, al caracterizar en términos fuertemente valorativos — sin especificar su alcance en términos descriptivos— las acciones ordenadas y al no predeterminedar las relaciones de prevalencia entre ellos, una Constitución integrada centralmente por principios atiende equilibradamente a dos exigencias, ciertamente en tensión, a las que debe responder el texto constitucional: en primer lugar, sitúa fuera del ámbito de decisiones de política ordinaria, del juego de mayorías y minorías, aquellos valores compartidos que conforman el consenso básico de la comunidad política y cuyo respeto opera como límite a los cursos de acción que los poderes públicos pueden legítimamente emprender; en segundo lugar, una Constitución así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo —no cierra la deliberación, sino que opera, por así decirlo, como cauce de la misma— y de esta forma evita en gran medida la «tiranía de los muertos sobre los vivos» que se ha reprochado frecuentemente al constitucionalismo rígido.

No parece haber dudas de que tú no aceptas ninguna de las dos tesis anteriores, ni la descriptiva ni la normativa. En cuanto a la tesis descriptiva, tú te has pronunciado claramente en contra de la misma, escribiendo, por ejemplo, en el artículo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista»⁴, que «la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es [...] una diferencia [...] poco más que de estilo» y que «la mayor parte (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas». Pero esto implica, a mi juicio, cerrar los ojos a los dos rasgos del lenguaje de los principios a los que antes hacía referencia: su carácter fuertemente valorativo y la no predeterminación, para unos u otros conjuntos de circunstancias genéricas, de las relaciones de prevalencia entre principios que resulten concurrentes. Estos dos rasgos impiden, a mi juicio, la asimilación que tú pretendes de los principios constitucionales a las reglas jurídicas ordinarias. Y no vale, creo, como argumento en contra de esto, aludir al hecho innegable de que hay también muchas normas situadas en alguna zona de penumbra entre aquellas que responden estrictamente al modelo de reglas y aquellas otras que responden, no menos estrictamente, al modelo de principios.

En cuanto a la tesis normativa, tú te has pronunciado también con absoluta claridad en su contra. Así, en el mismo artículo al que acabo de hacer referencia, has escrito que «sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos [...] promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible», has señalado como un defecto «el carácter vago y valorativo de las normas constitucionales», y has concluido que «nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales [...] en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible». En mi opinión, todo lo que dices en estas citas es suscribible por lo que se refiere a las normas legislativas, pero no lo es por lo que se refiere a las normas constitucionales. Las normas legislativas, en efecto, deben, a mi juicio, proporcionar pautas de resolución de los casos que, en toda la medida posible, no requieran de deliberación por parte del órgano jurisdiccional. Pero la función de

⁴ En este mismo número de *Doxa*.

las normas constitucionales es, a mi juicio, bien distinta: por su vocación de duración larga, por la dificultad de su modificación, por la necesidad de generar en su torno los más amplios consensos, no deben concebirse como destinadas a excluir la deliberación, sino más bien a constituir —como ha escrito, por ejemplo, Josep Aguiló— el terreno compartido a partir del cual «puede construirse una práctica jurídico-política centralmente discursiva o deliberativa»⁵.

¿Qué piensas tú de todo esto?

L. F.: Es verdad que hay una coincidencia tendencial, que también yo he destacado, entre mi distinción entre «principios regulativos» y «directrices» y la distinción, tuya y de Manolo, entre «principios en sentido estricto» y «directrices» o «normas programáticas». En cuanto al modo de configurar las directrices, me parece que estamos de acuerdo. Los desacuerdos se presentan a propósito de los otros principios, que vosotros llamáis «en sentido estricto» y que yo he llamado «regulativos» para subrayar que los mismos se transforman en reglas frente a sus violaciones.

Me parece que has expuesto con gran eficacia y claridad —en referencia a esta segunda clase de principios, mucho más importante porque, al menos a mi parecer, entran en ella casi todos los derechos fundamentales— las dos tesis esenciales del constitucionalismo argumentativo o post-positivista o principialista: *a)* la tesis descriptiva con arreglo a la cual en las constituciones existen principios formulados en términos valorativos —como libertad, igualdad, honor y similares— que designan conceptos controvertidos cuyas condiciones de aplicación no son claras, y cuyas relaciones de prevalencia no están predeterminadas por el texto constitucional como es el caso, emblemático, del conflicto entre libertad de información y derecho al honor o a la intimidad; *b)* la tesis normativa de que «es deseable que la dimensión regulativa de las constituciones esté integrada muy centralmente por principios así entendidos», tanto porque la formulación de tales principios en términos fuertemente valorativos sirve para sustraer a las decisiones políticas y a la voluntad de la mayoría esos valores compartidos sobre los que se funda una comunidad política, como porque la misma mantiene abierto el proceso deliberativo, evitando de este modo la «tiranía de los muertos sobre los vivos» que se reprocha habitualmente al constitucionalismo rígido.

Pues bien, no comparto, como dices tú, ninguna de estas dos tesis. A mi parecer, términos vagos y valorativos de aplicación incierta, y concursos de normas sin que esté predeterminada la prevalencia de una u otra están presentes no ya en «zonas de penumbra» o de límite, sino en todo el lenguaje legal, comenzando por el lenguaje en el que están formuladas las reglas penales, que exigiría, sin embargo, el máximo de taxatividad: piénsese en la noción de peligrosidad social, o de culpabilidad o de enfermedad mental, o en figuras delictivas como las injurias, la asociación subversiva o los malos tratos familiares, o en casi todas las circunstancias atenuantes y agravantes, o en las circunstancias eximentes del delito, como la legítima defensa o el estado de necesidad, previstas por normas que no determinan su prevalencia sobre las normas que configuran los delitos sino con términos genéricos y a su vez valorativos, como por ejemplo la «proporción» a la ofensa o al peligro. No reconocer «la asimilación», que tú

⁵ J. AGUILÓ, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004, 143.

me reprochas, «de los principios constitucionales a las reglas jurídicas ordinarias» que acabo de mencionar, quiere decir a mi parecer, por usar tus mismas palabras, «cerrar los ojos a los dos rasgos del lenguaje» de las reglas citadas «a los que antes [hacías] referencia: su carácter fuertemente valorativo y la no predeterminación, para unos u otros conjuntos de circunstancias genéricas, de las relaciones de prevalencia» entre reglas «que resulten concurrentes». No comprendo, en efecto, por qué la valoración de la invalidez de una ley por violación del principio constitucional de igualdad o del de libertad de expresión (violaciones, repito, que transforman tales principios en reglas consistentes en la prohibición de discriminación y en la de lesión) comporte nunca una discrecionalidad judicial mayor que la requerida para la valoración de un hecho como injurioso, o de una determinada circunstancia como atenuante, agravante o eximente. Si queremos hablar de «ponderación», me parece más simple y correcto, en ambos casos, afirmar que el objeto de la ponderación son, caso por caso, las connotaciones singulares e irrepetibles de los hechos y de las situaciones juzgadas, que son siempre distintas aun cuando subsumibles en la mismas normas (todo hurto es distinto de cualquier otro, aun cuando todos sean calificables como hurtos; todo caso de legítima defensa es distinto de todos los demás, aunque sean todos calificables como legítima defensa), y no las normas a aplicar, sean reglas o principios, que, por el contrario, son siempre las mismas. Se trata, en efecto, de lo que en *Diritto e ragione*⁶ he llamado la «comprensión» o «connotación equitativa», presente siempre en todo juicio y que exigiría (lo que con frecuencia no sucede) ser cada vez racionalmente argumentada y motivada.

Ahora bien, yo no creo que nuestro desacuerdo sobre las tesis descriptivas sea, por sí solo, muy relevante. Nuestras diversas «descripciones» son únicamente interpretaciones o reconstrucciones distintas de lo que sucede de hecho, independientemente de nuestras teorías. Este desacuerdo nuestro sobre las tesis descriptivas adquiere relieve, sin embargo, a la luz de nuestro desacuerdo sobre las tesis normativas; es decir, sobre el juicio, para ti positivo y para mí negativo, acerca del carácter vago, indeterminado y valorativo de las normas constitucionales: vaguedad e indeterminación que tu tesis normativa, apoyada por la tesis descriptiva, tiende a avalar y a legitimar realistamente e incluso a favorecer, mientras que a mí me parece que la vaguedad y la indeterminación no deben ser de ningún modo alentadas sino, por el contrario, censuradas y reducidas con el uso de un lenguaje lo más taxativo posible, como garantía de la máxima efectividad de los vínculos constitucionales impuestos a la legislación y a la jurisdicción, sobre la que se funda la legitimación política tanto de una como de la otra.

Nuestro disenso se traslada, por ello, a las razones de nuestras dos distintas tesis normativas. Tú indicas dos razones en apoyo de tu tesis. La primera es que el carácter vago y valorativo de los principios vale para sustraer las decisiones sobre los valores compartidos en una determinada comunidad a las decisiones de mayorías contingentes. De acuerdo. Observo, sin embargo, que la sustracción al juego de mayorías y minorías de las decisiones interpretativas sobre tales valores, sea cual sea el grado de indeterminación de los principios que los expresan, se encuentra asegurado, todavía más rígidamente, por mi constitucionalismo garantista.

⁶ *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, cap. III, § 11.

El disenso se reduce, por tanto, a la segunda razón de tu valoración: el hecho de que el constitucionalismo argumentativo o principialista deja abierto el proceso deliberativo tanto en la legislación como en la jurisdicción. Es sobre la distinta valoración —la tuya positiva, la mía negativa— de esta apertura y de los consiguientes espacios de discrecionalidad y a veces de arbitrariedad en lo que consisten en realidad nuestras divergencias. Lo que tú llamas la «tiranía de los muertos sobre los vivos» generada por el constitucionalismo rígido es lo que yo llamo la «normatividad de las constituciones rígidas» que, como tú me confirmas, resulta debilitada por el enfoque principialista.

Pero éste es un desacuerdo no ya teórico, sino político, y te confieso que me gustaría que a él se redujeran, en último análisis, también los muchos desacuerdos, a mi parecer excesivamente enfatizados y a veces fruto de incomprensiones, que han emergido en el debate que se está desarrollando en *Doxa* en torno a mi ensayo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista». En breve: tú compartes la tesis de Emmanuel-Joseph Sieyès según la cual una constitución no debe nunca atar las manos de las generaciones futuras, recibida por el art. 28 de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793 («une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures»). Yo, por el contrario, sostengo la tesis opuesta, según la cual las constituciones tienen precisamente el fin de atar las manos a las generaciones presentes en cada momento a fin de impedir, como por desgracia ha sucedido históricamente, que ellas amputen las manos de las generaciones futuras: una tesis tanto más preciosa cuanto más las mayorías contingentes de las generaciones presentes reivindican, como sucede por ejemplo en Italia, su omnipotencia y hacen ostentación de sus inclinaciones anti-constitucionales. Añado que también este desacuerdo nuestro puede redimensionarse: la exigencia, justamente sostenida por ti, de que permanezca abierto y no bloqueado el proceso deliberativo democrático se encuentra satisfecha, a mi parecer, por la mucho más amplia discrecionalidad que hay que reconocer a la función legislativa y, más en general, a las funciones políticas de gobierno, frente a la función judicial y, más en general, frente a las funciones de garantía. Como he mostrado en *Principia iuris*⁷, de la primera se requiere sólo el *respeto* (D9.35) de las normas constitucionales, que entraña el poder de decidir todo lo que no está *prohibido* por esas normas, es decir, todo lo que es coherente o compatible con ellas; a la segunda se le exige, además, la *aplicación sustancial* (D9.37) de las normas legislativas o constitucionales, lo que exige su observancia *obligatoria*, es decir, la subsunción en esas normas o correspondencia con ellas del caso juzgado.

En suma, tampoco este desacuerdo político nuestro me parece particularmente relevante. El desacuerdo no debería impedir a cada uno de nosotros reflexionar sobre los aspectos y los efectos negativos de las propias opciones y sobre los aspectos y efectos positivos de las opciones del otro. Quizás sería preciso distinguir caso por caso. Utilizando nuestras dos distinciones entre principios regulativos (o en sentido estricto) y directrices (o normas programáticas), podríamos sostener, en esta perspectiva, la oportunidad de privilegiar la forma de las directrices siempre que se trate de indicar genéricamente las políticas públicas y los objetivos programáticos, por ejemplo, el del pleno empleo o el de la reducción de los obstáculos que se oponen de hecho a la igualdad y al desarrollo de la persona. Podríamos, por el contrario, sostener la oportunidad de privilegiar la forma de los principios regulativos en el sentido propuesto por mí (en

⁷ *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari, 2007, I, 556-572.

sustancia, su concepción como reglas, más allá del distinto estilo en el que se encuentran expresados) siempre que tratemos de imponer límites y vínculos a la legislación, aun si acompañados de contra-límites, que queremos que sean rígidos, como por ejemplo los expresados por los derechos fundamentales o por la separación de poderes. ¿Qué piensas, a tu vez, de todo esto?

J. R. M.: Creo, desde luego, como tú, que los desacuerdos que, en este orden de cosas, vale la pena discutir no son tanto —aunque también— los que afectan a nuestras descripciones de lo que hay en nuestras constituciones como, sobre todo, los que se refieren a nuestras actitudes hacia ello. Y, a este respecto, creo que entre nosotros hay divergencias que son más de acento que de otra cosa. Pero creo también —y me parece que tú estarás de acuerdo— que hay una diferencia importante, en el tratamiento de los desacuerdos, entre la discusión política, inmediatamente orientada a la acción, y la discusión teórica, en la que, aunque verse sobre propuestas normativas, el avance en nuestra comprensión de las cosas —incluidas esas mismas propuestas— es el valor predominante. Quiero decir que si tú y yo fuésemos dos políticos tratando de sentar las bases de una acción conjunta, probablemente haríamos bien en, tras constatar que nuestras coincidencias son mucho más importantes que nuestras discrepancias, dejar éstas de lado para emprender la elaboración —en la que probablemente no se presentaría ningún desacuerdo importante— de, digamos, un programa común. Pero en las discusiones teóricas el asunto es, a mi juicio, diferente: aquí lo que tiene interés —para quienes participan en la discusión y para los eventuales lectores de la misma— es clarificar en la mayor medida posible las respectivas posiciones. Yendo ya a ello, diría que, por lo que se refiere a la relación entre constitución y legislación, la principal diferencia entre nosotros es la siguiente: tú pareces sensible tan sólo a la exigencia de que la constitución imponga límites y vínculos efectivos a la legislación, que establezcan con claridad la esfera de lo que el legislador no puede decidir y de lo que el legislador no puede no decidir. Yo, en cambio, entiendo que esta imposición de límites y vínculos es una exigencia importante —esto es, que la constitución debe prevenir el dictado de contenidos legislativos juzgados inaceptables y el no dictado de contenidos legislativos cuya ausencia es juzgada inaceptable—, pero es una exigencia que debe ser coherente con otras que están en tensión con ella, especialmente con la exigencia de que no se sustraiga a la política democrática la posibilidad de dar la respuesta que en cada momento aparezca como la deliberativamente mejor a todas aquellas cuestiones que se nos presentan como inevitablemente controvertibles. Y ello, en mi opinión, afecta tanto, aunque de manera distinta, a los principios en sentido estricto como a las directrices.

Empecemos por estas últimas, en relación con las cuales me parece que nuestras discrepancias, de existir, son menores. Es, me parece, perfectamente razonable que las constituciones se limiten a estipular la obligatoriedad de perseguir determinados objetivos colectivos —como, por ejemplo, el pleno empleo o la estabilidad económica— sin prejuzgar cuáles son los cursos de acción (las políticas) más idóneos para obtenerlos y sin prejuzgar tampoco cómo deben articularse entre sí estas políticas, siendo los objetivos, como son, interdependientes: por seguir con los ejemplos mencionados, el pleno empleo puede fomentarse mediante políticas financieras, salariales, comerciales, educativas, fiscales, de función pública, etc.; de otro lado, cierta política financiera

podría, de entrada, contribuir a fomentar el pleno empleo pero contribuir también a deteriorar la estabilidad económica y este deterioro podría, a su vez, acabar teniendo efectos negativos sobre el empleo. Pues bien, el que la constitución se limite a señalar los objetivos sin prejuzgar los medios para alcanzarlos y su articulación recíproca, posibilita el que estas últimas cuestiones se resuelvan mediante el debate democrático y la decisión mayoritaria. Y ello parece perfectamente adecuado en contextos en los que, aun compartiendo los fines, hay fuertes discrepancias en nuestras sociedades, incluyendo a los especialistas, acerca de cuáles son las interdependencias entre los diversos fines y cuáles son las relaciones causales que determinan la idoneidad o no, o la idoneidad mayor o menor, de unas u otras políticas (de unos u otros medios) para procurar estos fines. Implicaría, en este sentido, un acto de soberbia epistémica injustificada el que el constituyente instituyera como vinculante para el legislador el juicio de que son tales políticas, y no tales otras, las más eficaces para lograr unos u otros objetivos colectivos y consiguientemente vinculara a ellas al legislador. Todo ello por no mencionar que la eficacia de unas u otras políticas es, en muchos casos, fuertemente dependiente de rasgos del contexto que se encuentran en situación de mutación permanente, de forma que una política eficaz en el tiempo $t1$ en el que están presentes ciertas circunstancias puede, por haber cambiado dichas circunstancias, devenir en completamente ineficaz en el tiempo $t2$. Pero a este respecto no creo que haya grandes divergencias entre nosotros y estoy de acuerdo contigo cuando dices, en tu intervención precedente, que «en cuanto al modo de configurar las directrices me parece que estamos de acuerdo». Pero, aun no habiendo divergencias grandes, me parece que incluso aquí alguna divergencia hay, que yo situaría en los dos puntos siguientes (por lo demás vinculados entre sí): en primer lugar, creo que tienes cierta tendencia, que yo no comparto, a minusvalorar la importancia de las directrices en los textos constitucionales. Por ejemplo, en «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» escribes que «se trata de normas relativamente marginales». Pero, casi inmediatamente a continuación, admites que deben entenderse como directrices «gran parte de los “principios rectores de la política social y económica”, que es el nombre del capítulo III del título I de la Constitución española». Bueno, me resulta extraño calificar como «relativamente marginales» a normas que estipulan la obligatoriedad, para los poderes públicos, de orientar su acción hacia objetivos tales como la protección de la familia, la creación de condiciones favorables para el progreso social y económico, el pleno empleo, la estabilidad económica, la protección frente al desempleo o la vejez, la organización y tutela de la salud pública, el acceso universal a la cultura, la protección del medio ambiente y del patrimonio histórico artístico, etc. Si ese conjunto es «relativamente marginal» habría que concluir que todo el programa del Estado social es, constitucionalmente hablando, «relativamente marginal». Y esto, creo, implica una visión distorsionada de una constitución como la española.

El segundo punto de discrepancia entre nosotros, en punto a directrices, es el siguiente: me parece que tú das demasiada importancia a rasgos puramente circunstanciales del lenguaje del constituyente. Quiero decir que, en mi opinión, es frecuente en los textos constitucionales el uso del lenguaje de los derechos, sobre todo en materia de «derechos sociales», con un sentido bastante más laxo que el correspondiente a tu propia teoría de los derechos. De acuerdo con tu teoría, una vez proclamado constitucionalmente un derecho, la no introducción, por parte del legislador, de las garantías

primarias y secundarias correspondientes al mismo, implica una violación por omisión de la norma constitucional. Pero la plausibilidad de esta tesis depende, a mi juicio, por completo —como tuve ya ocasión de señalar en un trabajo de hace algunos años⁸— de dar por supuesto que el constituyente usa siempre el término «derecho» con la carga de significado que tú mismo le asignas. Pero dar por supuesto tal cosa obliga a aceptar alguna otra claramente implausible: básicamente, que es conducta usual de las autoridades normativas —el constituyente— la proclamación de derechos a gran escala para a continuación —el legislador ordinario— violarlos por omisión, asimismo a gran escala. Podemos evitar, sin embargo, esta implausible conclusión si entendemos que, en materia de derechos sociales, en numerosas ocasiones el constituyente usa, algo impropriadamente, el lenguaje de los derechos para referirse a objetivos colectivos que ordena perseguir: y, de esta forma, que una Constitución que proclame el «derecho al trabajo», por ejemplo, quizás no quiera decir algo distinto de lo que dice la Constitución española cuando estipula, en su art. 40.1, que los poderes públicos «realizarán una política orientada al pleno empleo».

Pero, en todo caso, me parece, como a ti, que nuestras discrepancias más serias se dan en materia de «principios regulativos», en tu terminología, o «principios en sentido estricto», en la que utilizamos Manolo Atienza y yo. En este ámbito, tú te muestras partidario de una concepción de los mismos que los asimila sustancialmente a las reglas; y esto incide en cómo crees que deben ser redactados, en el momento de la elaboración o de la reforma constitucional, o interpretados, en el momento de su aplicación: como estipulando, con la mayor precisión posible, tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito. Pues bien, yo creo, utilizando las palabras de la juez Hufstедler, referidas a las «ambigüedades gloriosas» del *Bill of Rights*, que tal circunstancia «ha hecho posible la determinación y la redeterminación de la doctrina constitucional de manera que satisfaga las necesidades de una sociedad libre, pluralista y en evolución» de forma que «mientras que la precisión ocupa una plaza de honor en la redacción de un Reglamento de la autoridad local de policía, es mortal cuando se trata de una Constitución que quiere ser viva»⁹.

En España, Francisco Tomás y Valiente acuñó la expresión «resistencia constitucional», que no acabó de definir del todo, pero con la que se refería, en sus propias palabras, al «éxito del poder constituyente al haber acertado a elaborar un texto adecuado a la voluntad democrática del momento inicial, pero también dotado de mecanismos técnicos capaces de adaptarlo a las cambiantes preferencias democráticas del pueblo soberano», esto es, a la capacidad de una Constitución para «asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo»¹⁰. Pues bien: uno de los «mecanismos técnicos» más importantes para lograr que la Constitución opere como terreno común compartido es precisamente, me parece, el empleo de esos conceptos esencialmente controvertidos que constituyen, como se ha dicho, la arena

⁸ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica», en J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.

⁹ Tomo la cita de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 3.ª ed., 1985, 229.

¹⁰ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La resistencia constitucional y los valores», en *Doxa*, núms. 15-16, 1994, 637 y 639.

en la que tiene lugar la deliberación pública y que exigen, para su operatividad, la elaboración de concepciones de los mismos. Pondré un solo ejemplo: supongamos que, en lugar de la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes, el constituyente español hubiera prohibido, caracterizándolas descriptivamente, aquellas penas o tratos que él consideraba como constitutivas de trato inhumano o degradante. Pues bien, por fértil que fuera su imaginación, parece claro que no hubiera podido llegar a reunir en un listado todas aquellas penas o tratos que una deliberación adecuada, enfrentada a los problemas que la realidad de las cosas va presentando a lo largo del tiempo, puede hacernos llegar a considerar como inhumanas o degradantes. Creerse capaz de anticipar en términos de propiedades descriptivas todo lo que puede llegar a ser inhumano o degradante es, parece claro, una muestra de soberbia epistémica carente de toda justificación. Esta incapacidad de anticipación resulta todavía más clara en el caso de disposiciones constitucionales de cierta antigüedad. Hoy, por ejemplo, tras *Roe vs. Wade*, es doctrina constitucionalmente aceptada en Estados Unidos que el respeto a la privacidad de la mujer implica el respeto a su decisión de continuar o no con su embarazo, pero parece claro que tal cosa no formaba parte de las convicciones de quienes elaboraron y aprobaron las enmiendas de la constitución americana que el Tribunal Supremo invocó como respaldo de dicha conclusión.

En definitiva, creo que tú cargas excesivamente (hasta la exclusividad) el acento en la función de la Constitución como establecedora de límites y de vínculos para la legislación; yo, sin negar en absoluto la importancia de tal función, creo que la Constitución debe operar, durante un plazo largo, también como terreno común compartido para la deliberación legislativa (y político-jurídica en general). Deliberación que, según los casos, se orienta hacia determinar cuáles son los medios más idóneos para perseguir los estados de cosas ordenados por las directrices (y aquí el papel central corresponde a los órganos de representación democrática) o hacia determinar qué es lo que los principios constitucionales en sentido estricto exigen y qué relaciones de prevalencia hay, en diversos conjuntos de circunstancias genéricas, entre ellos (y aquí es central el papel de los órganos de control jurisdiccional).

Pero creo que, tras esta larga intervención, me toca ahora cederte la palabra y preguntarte qué piensas tú de todo esto.

L. F.: Me parece que estamos clarificando y, a la vez, delimitando con relativa precisión los términos de nuestro desacuerdo: por un lado, mi defensa firme del papel normativo de las constituciones como sistemas de límites y de vínculos, lo más precisos posible, tanto para la legislación como para la jurisdicción y, por ello, en este sentido, como complemento del Estado de Derecho; por otro lado, tu defensa de una «política democrática» que, aun vinculada por la constitución a no producir «contenidos legislativos juzgados inaceptables» y a no omitir producir «contenidos legislativos cuya ausencia es juzgada inaceptable», deje sin embargo abierta «la posibilidad de dar la respuesta que en cada momento aparezca como deliberativamente mejor a todas aquellas cuestiones que se nos presentan como inevitablemente controvertibles».

No infravaloro en absoluto esta exigencia tuya, también para mí esencial. Las dos posiciones defendidas por nosotros, sin embargo, no me parecen necesariamente en conflicto entre sí. Como he dicho ya, son conciliables a través de su integración y diré

también, con una expresión cara a ti y a los neoconstitucionalistas, de su «ponderación»: utilizando e interpretando como directrices los principios que enuncian objetivos de políticas económicas y sociales y, por el contrario, como reglas o principios regulativos aquellas normas constitucionales, como la mayor parte de las que enuncian derechos fundamentales, que entendemos y que queremos rígidamente vinculantes frente a todos los poderes públicos, de la jurisdicción a la legislación y a la acción de gobierno.

Volvamos por ello a nuestras distinciones: entre los principios que ambos llamamos «directrices» y los que yo llamo «principios regulativos» y Atienza y tú llamáis «principios en sentido estricto». Pero preguntémonos, en este punto, si hay diferencias, y cuáles son, entre estas dos distinciones nuestras. Según vuestra distinción, las «directrices generan razones para la acción de tipo utilitario» y «finalista», mientras que los principios en sentido estricto «operan como razones últimas» o «finales». A vuestro parecer, además, ninguno de ambos tipos de razones son «excluyentes», es decir, ambos son derogables, pudiendo presentarse «razones en sentido contrario dotadas de mayor fuerza»; sin embargo, añadís, las razones últimas expresadas por los principios en sentido estricto son más fuertes que las razones utilitarias expresadas por las directrices, dado que pueden ceder frente a las razones últimas expresadas por otros principios, pero no frente a las razones utilitarias expresadas por las directrices¹¹.

Mi distinción es distinta; tanto que, más allá de la terminología empleada, pienso, en este punto, que con ella no entendemos en absoluto las mismas cosas. Los principios regulativos, entre los que he incluido todos los derechos fundamentales, se distinguen de las directrices, a mi parecer, porque, a diferencia de éstas, tienen un contenido prescriptivo no distinto del de las reglas. Por esto, sobre la base de la noción corriente de regla adoptada por mí en *Principia iuris* (con P7, P8 y T4.13-T4.16), los he llamado «regulativos»: porque su rasgo distintivo consiste, como el de todas las reglas que he llamado «deónticas», precisamente en la formulación de figuras deónticas, como son las facultades, las prohibiciones, las obligaciones y las expectativas negativas y positivas de carácter general y/o abstracto. Precisamente, los principios regulativos que enuncian derechos fundamentales confieren a todos y a cada uno situaciones jurídicas, es decir, «derechos subjetivos», consistentes en expectativas, en ocasiones unidas a facultades, a las que corresponden prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, es decir, lo que he llamado «garantías», a cargo de la esfera pública. Se comportan, en breve, como todas las reglas, es decir, como normas vinculantes. Las directrices, por el contrario, no dan vida a ninguna situación jurídica: piénsese en las normas, que tú acabas de recordar, del capítulo III del título I de la Constitución española, expresamente llamadas «principios rectores de la política social y económica»; o bien en normas como el *incipit* de la Constitución italiana «Italia es una república basada en el trabajo», o en su art. 3, párrafo segundo, con arreglo al cual «corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social» que limitan de hecho la libertad o la igualdad de los ciudadanos, o el art. 9, según el cual «la República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica» y «protege el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación». Aunque fundamentales, éstas no son reglas, porque no disponen ninguna obligación o prohibición determinadas.

¹¹ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., cap. I, 14; cfr., también, *ibid.*, 140-141.

Ciertamente tienen, como directrices, un valor deóntico más bien débil: como normas programáticas, tal como las habéis llamado vosotros. Pero ciertamente no implican ni exigen ninguna garantía específica.

Pues bien, son únicamente directrices en este sentido, a mi parecer, los principios constitucionales que indican a los poderes públicos determinados fines u objetivos políticos, pero no así los medios para lograrlos, confiados a las opciones de la política. Las directrices que se acaban de poner como ejemplo —como «Italia es una república basada en el trabajo» o «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»— consisten, en efecto, no ya en normas deónticas que impongan una determinada conducta y en relación con las cuales, sea, por ello, configurable y censurable su violación, sino precisamente en principios que confían a la política las formas y los medios de su realización y a la valoración política el juicio sobre su no realización. Puede ser que haya empleado una expresión infeliz, por ser fuente de malentendidos, afirmando que estas normas, cuya importancia estoy lejos de infravalorar, son «relativamente marginales». Con esta expresión he tratado de subrayar la relativa marginalidad de tales normas a los únicos fines de la identificación de la *estructura* del paradigma constitucional: el hecho, en otras palabras, de que las mismas no enuncian situaciones jurídicas, no generan figuras deónticas y por ello no imponen límites y vínculos determinados a la acción política y legislativa, idóneos para fundamentar juicios jurídicos y pronunciamientos judiciales de invalidez o de ilegitimidad, por comisión o por omisión, referidos a la legislación ordinaria. Pero esto no quiere decir en absoluto que tales directrices no expresen valores últimos, tanto que probablemente para Atienza y tú son más bien «principios en sentido estricto». En particular, el art. 1 y el art. 3, párrafo segundo, de la Constitución italiana han sido justamente concebidos, por la cultura jurídica italiana, como las normas fundamentales del ordenamiento, cuya identidad democrática diseñan. Ni, aún menos, quiere decir que tales directrices sean fórmulas retóricas. Además de fundamentar la identidad de nuestros ordenamientos, de recomendar políticas económicas y sociales y de orientar los juicios políticos, ante todo de los electores, sobre los programas y más tarde sobre la acción de sus representantes, estos principios desarrollan, como todos aquellos que alguna vez llamábamos «principios generales del ordenamiento», un papel central en la argumentación judicial de las interpretaciones que cada vez se asocian a todos los demás enunciados normativos.

Un discurso muy distinto exigen lo que Atienza y tú llamáis «principios en sentido estricto» y yo he llamado «principios regulativos». En esta clase de principios —y me parece que también desde este flanco nuestras dos tipologías son divergentes entre sí— entran a mi parecer los derechos fundamentales: los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales, es decir, gran parte de la sustancia de lo que he llamado «la esfera de lo indecible (que y que no)». Los he llamado regulativos, repito, porque ellos, más allá del distinto estilo en el que están formulados, se comportan, como resulta evidente sobre todo frente a sus violaciones, exactamente como las reglas. Se trata, en efecto, de expectativas negativas de no lesión o de expectativas positivas de prestación de carácter general a las que corresponden límites y vínculos, o sea, prohibiciones y obligaciones, es decir, garantías exactamente determinadas, a cargo de la esfera pública. Ciertamente no siempre es fácil determinar con precisión los contra-límites de tales límites y vínculos: por ejemplo, el contra-

límite de la intimidad o del buen nombre al principio de la libertad de prensa y de información. Pero no veo por qué no se deba desear y promover la previsión constitucional de estos contra-límites, como, por ejemplo, una menor rigidez de los mismos para los hombres públicos cuando la información sea relevante para hacer valer su responsabilidad política. Ciertamente, además, la formulación de tales contra-límites con palabras como «intimidad» o «buen nombre» admite inevitablemente espacios de discrecionalidad interpretativa; de manera no distinta, por lo demás, de la norma recordada por ti que prohíbe penas o tratos «inhumanos» o «degradantes», esto es, lesiones de la dignidad personal que no tendría sentido especificar, estando su identificación remitida, caso por caso, a la valoración equitativa del juez. Pero esto vale para cualquier norma expresada en términos vagos y valorativos, como es el caso de muchísimas reglas penales, desde las referidas a los delitos de malos tratos o de injurias a las referidas a las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes, para dar cuenta de las cuales no hemos pensado nunca recorrer a la categoría de los principios, como opuesta a la de las reglas.

Nuestras distinciones, en suma, en una amplia parte no coinciden. Vuestra distinción entre principios en sentido estricto que operan como valores últimos y directrices que operan como razones de tipo utilitario parece basarse, principalmente, sobre la mayor importancia de los primeros —que remite inevitablemente a las cambiantes valoraciones de los intérpretes— que justifica su prevalencia sobre las segundas. Mi distinción entre principios regulativos y directrices es, por el contrario, de carácter conceptual. Los primeros —como es el caso de gran parte de los derechos fundamentales, del principio de igualdad, o del rechazo de la guerra— son, en realidad, reglas, en cuanto que dictan figuras deónticas como son los derechos subjetivos y las prohibiciones, por su naturaleza susceptibles de observancia y de inobservancia. Las segundas se limitan, por el contrario, a indicar objetivos políticos sin que sea configurable una violación precisa de los mismos. De esta forma, los que tú o yo consideramos que son valores últimos o supremos, como el trabajo ubicado como fundamento de la República italiana o la protección de la familia, son para mí directrices y para ti, quizás, principios en sentido estricto; mientras que muchos derechos fundamentales, como algunos derechos sociales, que según tú consisten en directrices, según mi distinción son, por el contrario, principios regulativos.

Pero es precisamente mi concepto de derechos fundamentales lo que tú impugnas, retomando una vieja crítica a la que tuve ya ocasión de replicar¹². Según esa crítica, yo supondría indebidamente que «las autoridades normativas [...] usan siempre el término “derecho” (subjetivo) con el significado» que yo le asigno¹³. Podría fácilmente responder que cualquier uso de términos teóricos, incluido el tuyo y de Atienza, que se dirija a dar cuenta de nuestro objeto de discurso, que es un objeto lingüístico, supone siempre la convicción de su adherencia o correspondencia con (o capacidad de dar cuenta de) los usos lingüísticos del legislador o del constituyente. En todo caso, vuestra suposición es más arbitraria que la mía, dado que el lenguaje del constituyente no es

¹² En «Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y a José Juan Moreso», en *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 196-206.

¹³ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Tres problemas*, cit., 93.

en absoluto un lenguaje principialista: en él no se habla de «principios de libertad», o de «principio de la salud», o de «principio de la educación», sino de «derechos» de libertad y de «derechos» a la salud o a la educación; no se limita a proclamar principios, sino que confiere derechos fundamentales a las personas. Y te confieso que tu argumento del carácter «implausible» de la «proclamación a gran escala, por parte del constituyente de derechos destinados a ser violados por omisión, asimismo a gran escala, por parte del legislador ordinario» me recuerda el rechazo de Kelsen, que he criticado antes, de la idea misma del *Derecho ilegítimo*; que es la gran novedad generada por la rigidez de las constituciones: el mayor defecto pero también el mayor mérito, como he escrito muchas veces, del Estado constitucional de Derecho.

Es, pues, el significado de la noción de «derechos» lo que debemos discutir. Pues bien, los derechos fundamentales, si los tomamos en serio según la bella fórmula de Dworkin, son con seguridad configurables como derechos subjetivos, o sea, como expectativas a las que corresponden, por parte de otros, obligaciones o prohibiciones de no lesión o de prestación. Su especificidad respecto a los derechos no fundamentales consiste únicamente en el hecho de que se atribuyen a todos (en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos, o en cuanto capaces de obrar, según sus diversos tipos) de forma que a ellos corresponden deberes *erga omnes* a cargo de la esfera pública. Naturalmente, ésta es una definición estipulativa, ni verdadera ni falsa, sino sólo capaz de dar cuenta de las variadas clases de situaciones jurídicas comúnmente denominadas «derechos subjetivos» o «derechos fundamentales». Pero esto quiere decir que esta definición únicamente puede ser criticada oponiéndole una definición de las mismas palabras dotada de mayor capacidad explicativa.

Naturalmente, añadido, no basta con que una constitución use la palabra «derecho» para que se trate de un derecho fundamental. Es necesario, para ello, como para todas las figuras deónticas (según lo que he mostrado con mis tesis T2.2 y T2.3 de *Principia iuris*)¹⁴ que sea configurable y posible, como condición de sentido, tanto su realización como su violación. No tendría sentido, por ejemplo, el derecho a la felicidad o a vivir eternamente. En cuanto al «derecho al trabajo», recordado por ti, es con seguridad, a pesar de su denominación, una directriz —la directriz de políticas dirigidas al pleno empleo— y no un derecho subjetivo, dado que no consiste en una expectativa como garantía de la cual se pueda, en una sociedad capitalista, configurar, frente a alguien, la obligación de procurarle un empleo. Esto no quita, como ya lo he dicho de manera general para las directrices, que el principio del derecho al trabajo sea utilizable como argumento en apoyo de una determinada interpretación: por ejemplo, en apoyo del rechazo de la tesis de la invalidez constitucional de la ley italiana de 1966 que, limitando la autonomía negocial del empleador, exige la existencia de una justa causa para la validez del despido de un trabajador dependiente. En ocasiones, además, nos encontramos frente a normas que ocupan una posición intermedia entre los principios regulativos y las directrices: es el caso del principio de la dignidad de la persona, que ciertamente consideraríamos ambos como un valor último y que por ello es, en tu opinión, un principio en sentido estricto pero que no tiene siempre, a mi parecer, un carácter regulativo, al no ser claramente determinables, en ocasiones, sus violaciones.

¹⁴ *Op. cit.*

Por el contrario, los derechos de libertad son todos ellos expectativas de no lesión a las que corresponden otras tantas prohibiciones suficientemente determinadas. Piénsese solamente en la libertad personal, a la que el art. 13 de la Constitución italiana declara «inviolable» y rodea de reglas de garantía, hasta tal punto precisas y detalladas que se llega a determinar en «cuarenta y ocho horas» el límite máximo de tiempo dentro del cual las «medidas provisionales» adoptadas por la policía «en casos excepcionales de necesidad y de urgencia, especificados taxativamente en la ley», deben comunicarse «a la autoridad judicial» y a establecer que esas medidas provisionales, si la autoridad judicial «no las confirma en las cuarenta y ocho horas subsiguientes, se considerarán revocadas y no surtirán efecto alguno». Pero igualmente determinadas son las expectativas de prestaciones en las que consisten los derechos sociales y a las que corresponden obligaciones asimismo determinadas: como, por ejemplo, la previsión, en el art. 34 de la Constitución italiana, de «la enseñanza primaria, que se impartirá por lo menos durante ocho años» por la escuela pública como «obligatoria y gratuita»; o la protección de la salud, prevista por el art. 32 como «derecho fundamental del individuo», que entraña asimismo la obligación de la asistencia sanitaria a cargo de la esfera pública, con el límite, también unívocamente establecido en el segundo párrafo, de que «nadie puede ser obligado a seguir un determinado tratamiento sanitario sino por disposición de una ley», vinculada, a su vez, al «respeto a la persona humana». Naturalmente, permanecen confiadas a la política las opciones operativas en orden a la organización del servicio escolar y del servicio sanitario y a determinar cuántas y cuáles escuelas y hospitales es oportuno establecer en ésta o aquella región. Pero esas obligaciones permanecen sin cambios y relativamente unívocas y precisas, sean las que fueren las nuevas enfermedades que se manifiesten en cada momento y las nuevas técnicas terapéuticas que el proceso tecnológico vaya inventando.

Es claro que una concepción semejante de los principios regulativos, mientras que no quita nada a los espacios discrecionales de la política en los medios y formas de su realización, excluye eso que es el rasgo a mi parecer más inaceptable de las teorías neoconstitucionalistas y sobre el que, me parece, no te has pronunciado aquí: el de la derogabilidad, aun si ponderada, de los principios por parte del legislador. Es éste el punto de mayor desacuerdo entre nosotros y la principal diferencia entre los que he llamado «constitucionalismo principalista» y «constitucionalismo garantista». A mi parecer, los principios regulativos de rango constitucional, al consistir en figuras deónticas, son rígidamente normativos tanto frente a los espacios de la política y de la legislación, que me parece que son el único aspecto de la cuestión tratado en tu pregunta, como frente a la jurisdicción. Su derogabilidad está, en efecto, excluida por el grado supraordenado de las normas constitucionales respecto a cualquier otra fuente del ordenamiento. Admitirla, como a veces hacen muchos de nuestros colegas neoconstitucionalistas, equivale a invertir la jerarquía de las fuentes y por ello a hacer vana la rigidez de las constituciones.