

ANTÍGONA COMO *DEFEATER*. SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA DE FERRAJOLI *

José Juan Moreso

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona*

ὅσφ κράτιστον κτημάτων εὐβουλία

El mayor de los bienes es el buen juicio

SÓFOCLES, *Antígona*, 1050

RESUMEN. En este trabajo se critica la defensa que FERRAJOLI hace del constitucionalismo garantista o normativo, que contrapone al constitucionalismo principialista o argumentativo. Se intenta mostrar que los rasgos definitorios del constitucionalismo principialista no tienen las consecuencias perniciosas que el autor les atribuye. En particular, se rechazan los argumentos que consideran que el objetivismo moral hace imposible el liberalismo político y la democracia. Se rechaza también que la distinción entre principios y reglas menoscabe la dimensión normativa del Derecho y se muestra que el activismo judicial que la ponderación en la aplicación del Derecho comporta es plenamente asumible en la concepción del constitucionalismo. Se vindica el denominado constitucionalismo incorporacionista: se mantiene la tesis de la no conexión necesaria entre el Derecho y la moral, se asume el objetivismo moral y se adopta que, al incorporar consideraciones morales, los sistemas jurídicos incorporan criterios morales en la identificación y la aplicación del Derecho.

Palabras clave: FERRAJOLI, constitucionalismo, positivismo jurídico, objetivismo moral, aplicación del Derecho, incorporación de pautas morales.

ABSTRACT. In this paper, a criticism of FERRAJOLI's defence of normative constitutionalism, which he confronts with argumentative constitutionalism, is discussed. I shall deal with the definitional features of the argumentative constitutionalism and I shall try to show that they have no harmful consequences. Particularly, the arguments which consider that the moral objectivism leaves no room for political liberalism and democracy are rejected. The idea that the distinction between rules and principles and the balancing as a way of legal adjudication leads to the weakening of the normative force of the law and an excessive judicial activism is rejected too. The so-called incorporationist constitutionalism is vindicated: the thesis that rejects a necessary connection between law and morals is maintained, the moral objectivism is assumed and it is accepted that, when the moral considerations are incorporated, then moral criteria become necessary in order to identify and to apply the law.

Keywords: FERRAJOLI, constitutionalism, legal positivism, moral objectivism, legal adjudication, incorporation of moral considerations.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

I

En este nuevo ensayo dedicado al constitucionalismo, Luigi FERRAJOLI perfila más claramente el alcance y los confines de su teoría jurídica y política. Lo hace distinguiendo dos tipos de constitucionalismo: el constitucionalismo *principialista* y el constitucionalismo *garantista*¹.

El primero, según FERRAJOLI, caracterizado por las tres siguientes notas: asunción de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral —que presupone la aceptación del objetivismo en moral—, la distinción nítida entre principios y reglas —que asume que las pautas que reconocen derechos constitucionales adoptan la forma de principios— y la aceptación de una amplia zona de conflictos en la aplicación de la Constitución que conduce a que la ponderación sustituya a la subsunción. Esto hace del constitucionalismo principialista una concepción iusnaturalista o, en cualquier caso, anti-positivista.

El constitucionalismo garantista rechaza estos tres aspectos: subraya la separación conceptual entre el Derecho y la moral —FERRAJOLI, como veremos, considera que tal separación comporta el rechazo del objetivismo ético—, supone que no hay una distinción nítida entre principios y reglas y, es más, arguye que las pautas constitucionales que establecen los derechos fundamentales deben ser interpretadas como reglas y no concede a la ponderación un lugar relevante en la aplicación de la Constitución, no más que la atención a las circunstancias particulares del caso que cualquier supuesto de adjudicación del Derecho comporta². El constitucionalismo garantista es, por tanto, un constitucionalismo claramente iuspositivista. Es más, es en este sentido³, un iuspositivismo *reforzado*. Una concepción del constitucionalismo que tiene, conforme al autor, tres dimensiones: como modelo de Derecho, como teoría jurídica y como filosofía política. Como modelo de Derecho porque estudia sistemas con constituciones rígidas que establecen límites a aquello que el legislador democrático puede hacer y establecen obligaciones sobre el legislador y control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes que permite anular las leyes antinómicas con las normas constitucionales y colmar las lagunas que el legislador ha generado con el incumplimiento de sus deberes constitucionales. La teoría jurídica del constitucionalismo desarrolla la distinción entre *vigencia* y *validex* y, con tal distinción, permite comprender el porqué leyes formalmente dictadas por el legislador, leyes vigentes, son declaradas nulas, puesto que son inválidas por cuanto contrarias a las normas constitucionales. El ser de las leyes puede estar en contradicción con el deber ser constitucional. La filosofía política del constitucionalismo consiste en una teoría sustantiva de la democracia, con arreglo a la cual aquello que la mayoría democráticamente puede hacer está limitado por los derechos constitucionalmente establecidos. La democracia tiene límites.

¹ Como el mismo reconoce (en la nota 1 del ensayo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista») desarrollando una idea de Luis PRIETO SANCHÍS, en una sección especial de esta misma revista *Doxa* que recoge las contribuciones en un seminario en la Universidad de Brescia, a cargo de T. MAZZARESE, «Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre *Principia iuris* de Luigi Ferrajoli», en *Doxa*, 31, 2008, 325-353.

² *Vid.* la sección 6 del ensayo de FERRAJOLI.

³ FERRAJOLI lo desarrolla en la sección 3.

II

Lo que voy a tratar de mostrar en este comentario es que a pesar de la claridad con la que las nuevas distinciones de FERRAJOLI iluminan el paisaje conceptual de la teoría jurídica en la era del constitucionalismo, hay un modo de caracterizar el constitucionalismo que aceptando alguna versión de las tres tesis que FERRAJOLI atribuye al constitucionalismo principialista no conlleva ni la asunción del iusnaturalismo ni las consecuencias —que FERRAJOLI le asigna— perniciosas de rechazo del liberalismo político, debilitamiento de la fuerza normativa de la constitución o activismo judicial. De este modo, si mis argumentos son adecuados, las razones ferrajolianas de rechazo del primer modelo de constitucionalismo quedarían muy debilitadas.

En III, introduciré algunas definiciones, de un modo algo estipulativo, aunque confío en que podrán ser ampliamente compartidas. También mostraré algunas consecuencias que se siguen de dichas definiciones.

En IV, trataré de refutar las razones por las que FERRAJOLI rechaza el objetivismo ético. Trataré también de dar algunas razones a su favor.

En V, trataré de mostrar un modo de entender la distinción entre reglas y principios y el lugar de la ponderación en la aplicación del Derecho que no conducen necesariamente ni a debilitar la fuerza normativa de la Constitución ni al incremento del activismo judicial.

En VI, articularé el modo en el que puede vindicarse el modelo de constitucionalismo que surge de mis reflexiones.

III

Comencemos con la distinción entre las concepciones iusnaturalistas y las concepciones iuspositivistas. El iusnaturalismo puede ser caracterizado por las dos tesis siguientes:

TIN1: Hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias).

TIN2: Las normas positivas contrarias a alguno de los principios referidos en TIN1 no son jurídicamente válidas.

Algunas aclaraciones son precisas en relación con estas tesis. En relación con TIN1 quiero destacar tres precisiones: 1) Tal vez, como la tradición iusnaturalista destacaba, este conjunto no agota el ámbito de la moralidad, sino sólo aquella parte que se refiere a la vida de las personas en sociedad, sólo aquella referida a la virtud de la justicia, y 2) no se prejuzga aquí ni la naturaleza ontológica ni la semántica de los elementos de este conjunto privilegiado, la tesis es compatible con un amplio abanico de posiciones metaéticas⁴. Por último, y en relación con la conjunción de ambas tesis, debe quedar

⁴ He defendido una convergencia en un objetivismo moral *mínimo* entre diversas metaéticas (realistas o constructivistas) en el ensayo 2 de J. J. MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

claro que dichas tesis no constituyen una definición de Derecho. Establecen una condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida, pero insuficiente. Los defensores de la doctrina del Derecho natural siempre añadieron a dichas tesis la tesis de que son normas jurídico-positivas aquellas dictadas por las autoridades humanas que no son contrarias al Derecho natural. Es por esta razón que Alf ROSS sostuvo que antes de preguntarnos sobre la validez moral de las normas de un orden jurídico determinado «es necesario saber cuáles son las reglas de este orden, es decir, debemos tener una descripción del mismo en tanto que hecho observable»⁵.

Podemos ahora considerar iuspostivistas aquellas teorías que rechazan alguna de estas tesis o ambas. Si alguien rechaza TIN1 entonces también rechaza TIN2, pero alguien puede rechazar TIN2 y, en cambio, aceptar TIN1. Otro modo de decirlo es el siguiente: la segunda tesis *presupone* la primera tesis, es decir, aceptar que las normas contrarias al Derecho natural son inválidas, presupone que hay un Derecho natural; de modo análogo, a que la aceptación de que el rey de Francia es calvo supone que hay un rey en Francia. Si no hay rey en Francia, entonces la afirmación de que es calvo o bien es falsa o bien no es ni verdadera ni falsa. Si no hay un conjunto privilegiado de normas morales válidas al margen de cualquier contexto, entonces la tesis TIN2 es o bien falsa o bien ni verdadera ni falsa (algunos dirían carente de sentido)⁶.

Sea como fuere, parece que para ser iuspositivista basta con rechazar TIN2. Muchos iuspositivistas (como Hans KELSEN o Alf ROSS) rechazaron la segunda tesis porque rechazaron la primera, efectivamente. Pero hubo otros que no, entre los cuales tal vez destaca John AUSTIN que sostenía, como es sabido, que una cosa es el Derecho y otra su mérito o demérito⁷, pero consideraba que había un Derecho divino, por encima de los Derechos positivos.

Es precisamente la TIN2 la que establece la tan traída y llevada conexión necesaria entre el Derecho y la moral, puesto que la validez de todas las normas jurídicas depende de su adecuación a la moral. Las relaciones modales entre dos conceptos pueden ser de tres tipos: necesarias, imposibles o contingentes. O sea que a los iuspostivistas les quedan todavía dos modos de rechazar TIN2: o bien sostienen que la conexión entre el Derecho y la moral es imposible o bien sostienen que es contingente⁸.

Si por moral se entiende el conjunto privilegiado de pautas válidas con independencia de cualquier contexto, entonces puede sostenerse que la relación es imposible por, al menos, dos razones: porque no existe dicho conjunto privilegiado de pautas morales —ésta, como veremos, parece ser la posición de FERRAJOLI—⁹ o bien porque algún rasgo del Derecho hace que su identificación sea incompatible con cualquier

⁵ A. ROSS, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural», 1961, en A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, 9-32, en 21.

⁶ Una noción de presuposición como ésta estaba implícita en los análisis de RUSSELL y STRAWSON de las descripciones definidas. Puede verse B. RUSSELL, «On Denoting», *Mind*, 14, 1905, 479-493, y P. F. STRAWSON, «On Referring», *Mind*, 59, 1950, 320-344.

⁷ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, W. RUMBLE (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 157.

⁸ He argüido de este modo en J. J. MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, *supra* nota 5, ensayo 1, donde retomaba las ideas expresadas en «Positivismo jurídico y aplicación del Derecho», *Doxa*, 27, 2004, 45-62.

⁹ Es también la posición de los iuspositivistas escépticos en materia moral. *Vid.*, por todos, la paradigmática posición de E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.

consideración moral¹⁰. La relación de imposibilidad, sea por la razón que fuere, suele asociarse con el denominado *positivismo jurídico excluyente*. La relación de contingencia, que obviamente presupone la existencia del conjunto privilegiado de pautas morales válidas, considera que el Derecho positivo puede o no incorporar las consideraciones morales. Se trata del positivismo jurídico incluyente que, como resultará obvio, acostumbra a señalar los sistemas de constituciones rígidas, con declaración de derechos y control jurisdiccional de la constitucionalidad como ejemplos de sistemas jurídicos que incorporan consideraciones morales¹¹.

Veamos, ahora, algunas definiciones de metaética. A menudo, aquellas posiciones que rechazan la existencia de un conjunto privilegiado de pautas morales se auto-denominan *escépticas, relativistas o no-cognoscitivistas*. De todos modos, creo que es conveniente distinguir entre estas tesis (a pesar de que haya entre ellas relaciones convencionales, como es obvio). Propongo las siguientes definiciones:

— DEM (definición del escepticismo moral): No hay un modo justificado de acceder al contenido de un conjunto privilegiado de pautas morales válidas.

Puede que no lo haya por razones ontológicas, porque no existen dichas pautas o puede que por razones epistémicas, si lo hay, nosotros no tenemos una manera confiable de acceder a él.

— DRM (definición del relativismo moral): Hay varios conjuntos de pautas morales, válidas según el contexto de evaluación en el que se sitúen.

Vale la pena señalar que el contexto de evaluación puede venir dado por las creencias y actitudes de una persona en concreto (Nelson Mandela o Robert Mengele), por las creencias y actitudes de un grupo humano determinado (los cartagineses de los tiempos de Aníbal o los actuales kikuyos de Kenia) o por las tesis que sostienen diversas teorías morales (el utilitarismo, la moral kantiana, la moral aristotélica, etc.). No se trata de una tesis descriptiva, entonces sería trivialmente verdadera; sino de una tesis conceptual: hay varios conjuntos de pautas morales y no hay criterios para elegir entre ellos.

— DNCM (definición de no-cognoscitivism moral): Los juicios morales no son aptos para la verdad y la falsedad.

El objetivismo moral asumido por la primera tesis iusnaturalista, TDN1, se compromete con la existencia de ese conjunto privilegiado de pautas morales, TDN1 es una tesis ontológica entonces:

— OMTO (la tesis ontológica del objetivismo moral): Hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias).

¹⁰ Este rasgo es, para Joseph RAZ, la pretensión de autoridad y funda así el denominado positivismo jurídico excluyente. Una reciente defensa de este punto de vista en el contexto de una panorámica general sobre el iuspositivismo en J. RAZ, «The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism», en G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 17-36.

¹¹ Vid. W. J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994. Mi propia posición favorable en J. J. MORESO, «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en P. CHIASSONI (ed.), *Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, 37-64.

Merece la pena insistir en el hecho de que este compromiso ontológico es mínimo: es compatible con que esas pautas sean aquellas que elegirían personas en determinadas condiciones ideales, por ejemplo, y no suponen necesariamente la asunción de ninguna metafísica de entidades no-naturales.

El objetivismo moral contiene también una tesis epistémica:

— OMTE (la tesis epistémica del objetivismo moral): Los seres humanos disponemos de acceso epistémico confiable a este conjunto privilegiado de pautas morales válidas.

También esta tesis es compatible con multitud de epistemologías diversas para la moral (intuicionistas, constructivistas, etc.).

Por último, la tesis semántica del objetivismo moral:

— OMTS (la tesis semántica del objetivismo moral): Los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad.

También en este caso debemos ser cautelosos. Para algunos el conjunto de pautas morales está integrado por descripciones de alguna especie de mundo moral y, entonces, los juicios morales son verdaderos o falsos según se correspondan o no con ese mundo. De este modo, decir que torturar a los niños para divertirse es incorrecto moralmente es verdadero porque la incorrección es un predicado que la acción de torturar a los niños para divertirse posee. Para otros, en cambio, el conjunto de pautas morales está integrado por normas, expresiones imperativas, que no son ni verdaderas ni falsas. Para éstos, decir que torturar a los niños para divertirse es incorrecto moralmente es verdadero porque pertenece al conjunto privilegiado de una norma que prohíbe torturar a los niños para divertirse. Esto es, para los que conciben las pautas morales como prescripciones, los juicios morales son como proposiciones normativas cuya verdad depende de la pertenencia al conjunto privilegiado de determinadas normas.

Entonces, tal vez, el relativismo moral es la negación directa de la tesis ontológica del objetivismo moral. El escepticismo es la negación de la tesis epistémica del objetivismo. Y el no-cognoscitismo es la negación de la tesis semántica del objetivismo moral. Y, también de un modo tentativo, lo que caracteriza la posición de filósofos como FERRAJOLI es el relativismo moral: no hay un conjunto privilegiado de pautas morales, sino múltiples que dependen de cada contexto; por lo que no puede haber un acceso epistémico confiable a dichas pautas y, por tanto, no hay algo como juicios morales absolutamente verdaderos, sino sólo juicios morales verdaderos relativamente a un determinado contexto de evaluación.

Termino con algunas tesis de ética normativa, de filosofía política en realidad, puesto que —como veremos— FERRAJOLI sostiene que dichas tesis suponen el rechazo del objetivismo moral. Se trata de lo que podemos denominar la tesis del liberalismo político y la tesis de la democracia:

— TLP (la tesis del liberalismo político): Los seres humanos son autónomos, libres e iguales y, por tanto, las instituciones políticas deben organizarse de modo que respeten y honren un conjunto de derechos (pongamos los de la Declaración de Naciones Unidas de 1948) que permiten a los seres humanos desarrollar su autonomía.

Es obvio que esta tesis está expresada de modo deliberadamente genérico, con el objetivo de que abrace las diversas concepciones del liberalismo político. Está expresada con la esperanza de captar el núcleo común de dicha doctrina política.

— TD (la tesis de la democracia): El modo de tomar las decisiones públicas (que afectan a todos) debe ser tal que tome en cuenta la voluntad de todos y cada uno y, en concreto, debe mostrar un grado de deferencia elevado a la voluntad de la mayoría.

Se usa aquí la expresión «grado de deferencia elevado» por dos razones: para evitar introducir aquí un debate sobre las virtudes y defectos de los diversos sistemas electorales y por no prejuizar el modo institucional en el que la voluntad de la mayoría ha de estar sujeta al respeto de los derechos básicos de todos.

IV

FERRAJOLI, como no podía ser de otro modo, acepta que las constituciones codifican los principios de justicia y la doctrina de los derechos humanos desarrollados a partir de la Ilustración. Rechaza sin embargo que estos principios sean objetivamente válidos o verdaderos o algo similar. Y sus argumentos para este rechazo son fundamentalmente los dos siguientes:

En primer lugar, según FERRAJOLI, el cognoscitivismo y el objetivismo ético llevan inevitablemente al absolutismo moral y, en consecuencia, a la intolerancia con las opiniones disidentes. Y añade¹²: «Bajo este aspecto, el objetivismo y el cognoscitivismo moral más coherentes son, sin duda, los expresados por la moral católica». Es decir, el cognoscitivismo y el objetivismo son incompatibles con la democracia y el liberalismo (tal y como han sido definidos en III).

En segundo lugar, se trata de la tesis complementaria a la anterior, el liberalismo político y la democracia presuponen el no-cognoscitivismo ético. Éstas son sus palabras¹³:

«El no-cognoscitivismo ético y la separación entre Derecho y moral, que forman el presupuesto del constitucionalismo garantista, son, por ello, el presupuesto y al mismo tiempo la principal garantía del pluralismo moral y del multiculturalismo, es decir, de la convivencia pacífica de las muchas culturas que concurren en una misma sociedad».

Es decir, y éste parece ser el argumento, el objetivismo moral conlleva el rechazo del liberalismo político y de la democracia, que sólo son conceptualmente posibles si se presupone el rechazo del objetivismo moral. ¿Por qué? ¿Cuál es el núcleo de este argumento? Me parece que se trata de un argumento que puede presentarse en forma de dilema: O bien aceptamos el relativismo en moral y entonces podemos abrazar el liberalismo político, aunque sin razones concluyentes; o bien aceptamos el objetivismo moral y, entonces con razones concluyentes, caemos en manos del fundamentalismo moral y desaparece el espacio para el liberalismo. En este sentido, FERRAJOLI y RATZINGER comparten este planteamiento del problema, aunque FERRAJOLI se queda con el cuerno del relativismo y RATZINGER con el del fundamentalismo¹⁴.

¹² Vid. sección 4 del ensayo de FERRAJOLI.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ He desarrollado el dilema así planteado por RATZINGER (Homilía en la misa *Pro eligendo Summo Pontifice*, de 18 de abril de 2005, http://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_

Pero, ¿por qué debemos aceptar este planteamiento dilemático del problema? Creo que es posible rechazar el relativismo sin abrazar el absolutismo, ni el fundamentalismo. El relativismo como una doctrina global es, efectivamente, una concepción muy inestable que probablemente se autodestruye. La proposición con arreglo a la cual todo es relativo es o bien absolutamente verdadera o bien relativamente verdadera. Si lo primero, entonces no todo es relativo; si lo segundo, entonces el relativismo no puede ser una doctrina global¹⁵.

Cabe, sin embargo, que algunos relativismos locales sean plausibles. Las proposiciones referidas a la moda en el vestir son relativas a algún marco de referencia. Así la proposición que dice que la minifalda está de moda es verdadera si referida al marco de la Inglaterra de finales de los sesenta del pasado siglo y falsa cuando se refiere a la España de inicios de los cincuenta. Pero, ¿son todas las proposiciones morales relativas a diversos marcos de referencia? La plausibilidad del relativismo local en determinados ámbitos se funda en dos elementos: la capacidad de delimitar adecuadamente los marcos a los que nos referimos y la superación de las discrepancias cuando se cae en la cuenta de que nos referimos a diversos marcos. Así, en el caso de la minifalda, podemos delimitar adecuadamente las costumbres en el vestir de la Inglaterra de finales de los sesenta y de la España de los años cincuenta. Y, si se produce una discrepancia acerca de la vigencia de la moda de la minifalda, dicha discrepancia se esfuma cuando uno se da cuenta que el otro no hablaba de la España del Congreso eucarístico, sino de la Inglaterra de los Beatles. Como puede apreciarse, aunque sostengamos que la oración

[5] La minifalda está de moda,

expresa una proposición completa, verdadera en Londres, en los años sesenta, y falsa en la Barcelona de los cincuenta; lo que no es aceptable es decir que hay una contradicción genuina entre quien afirma [5] en el Londres de los sesenta y quien la rechaza en la Barcelona de los cincuenta.

Ahora bien, en el caso de los desacuerdos morales, por una parte, no disponemos de criterios de adecuación para la delimitación de los marcos, a veces se dice que son las diversas culturas, a veces que se trata del yo de cada uno y sus convicciones; y por otra parte, los debates acerca de la corrección moral de la guerra de Irak o de la práctica de la ablación del clítoris no se terminan arguyendo que éstas son las convicciones en mi cultura o en mi foro interno. «Aquí lo hacemos así» no es un buen argumento en moral.

Lo anterior arroja muchas dudas sobre el relativismo en moral. Pero es que además no es para nada cierto que todas nuestras proposiciones morales sean cuestionadas. Nadie en sus cabales sostendría que es moralmente correcto torturar a los niños para divertirse o traicionar a los amigos. Hay, en este sentido, proposiciones

sp.html) y lo he criticado en J. J. MORESO, «Una (relativa) refutación del relativismo moral», *Analisi e Diritto*, 2009, 89-97. Las condenas eclesíásticas del relativismo y del liberalismo proceden, como se sabe, de las Encíclicas de León XIII, *Humanum genus*, 1884, y *Libertas*, 1888.

Vid. http://www.vatican.va/boly_father/leo_xiii/encyclicals/documents/bf_l-xiii_enc_18840420_humanum-genus_it.html y http://www.vatican.va/boly_father/leo_xiii/encyclicals/documents/bf_l-xiii_enc_20061888_libertas_it.html.

¹⁵ Vid. S. D. HALES, «A Consistent Relativism», *Mind*, 106, 1997, 33-52.

morales que ninguna persona razonable rechazaría, que son verdaderas en todas las perspectivas.

Y entonces, ¿cuáles son los criterios para aceptar o rechazar un determinado juicio moral? Bien, aunque ésta es una cuestión que ha causado y sigue causando la mayor perplejidad a los filósofos, podemos aventurarnos a sostener que la calidad de un juicio moral depende de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor. De este modo, argumentamos a menudo para fundamentar un ámbito especialmente protegido, el ámbito de los derechos humanos, como la esfera que delimita un espacio público razonable de convivencia y cooperación mutua. En dicho ámbito, caben múltiples formas de vida valiosas moralmente y es este pluralismo precisamente el que hace la vida en común merecedora de ser vivida.

En esto parece estar de acuerdo FERRAJOLI que sostiene que el rechazo del cognoscitivismo y del objetivismo ético deja un lugar para la argumentación racional aunque, añade, «la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más “verdadera” que la solución opuesta»¹⁶. Esto deja la posición de FERRAJOLI como muy inestable: hay un espacio para la argumentación racional, pero no tenemos un criterio para establecer cuáles son *mejores* razones. Es la misma inestabilidad que se hallaba en la defensa del relativismo filosófico (y ético) en la obra de Hans KELSEN¹⁷. Tal vez ocurre en FERRAJOLI algo semejante a lo que ocurría, en mi opinión¹⁸, en KELSEN: usaba dos nociones de relativismo como si fueran la misma. Según la primera, relativismo equivale a *scepticism* en materia de juicios de valor: ausencia de criterios para justificar cualquier juicio de valor frente a su opuesto. Según la segunda, relativismo equivale a algo como *prudencia epistémica*, es decir, disposición a revisar nuestros juicios a la vista de las razones de otros, apertura de miras, sensibilidad hacia la evidencia empírica. Obviamente que la segunda noción es plenamente aceptable y, también claramente, las razones que llevan a aceptar determinados juicios de valor son de naturaleza distinta a las razones que llevan a aceptar determinados juicios empíricos en el reino de las ciencias naturales. Todo ello, no obstante, no conduce a aceptar el primer sentido de relativismo. Es más, lo que el liberalismo político requiere es prudencia epistémica, obviamente, pero no escepticismo. ¿Cómo argumentar a favor de la democracia si no hay ningún criterio que haga preferible tomar las decisiones de modo democrático que hacerlo de otro modo? Y, ¿por qué es mejor que nuestras instituciones políticas respeten y honren los derechos humanos si no hay criterio de elección? Ésta es precisamente la razón por la cual se sostiene que un sistema que protege los derechos y establece la democracia presupone un compromiso firme con algunos valores que, cabe pensar, se eligen por buenas razones.

¹⁶ En el apartado 4 de su ensayo.

¹⁷ Pueden verse los siguientes trabajos de H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2.ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr, Paul Siebeck, 1929; «Foundations of Democracy», *Ethics*, 66, 1965, 1-101, y *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, California University Press, 1957. Tres buenos estudios del relativismo kelseniano en J. BJARUP, «Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice», en R. TUR y W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 273-304; J. RUIZ MANERO, «Presentación: Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen», en H. KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, J. RUIZ MANERO (ed.), Madrid, Debate, 1988, y L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 134-144.

¹⁸ Y he defendido en J. J. MORESO, «Kelsen on Justifying Judicial Review», *Legal Science and Legal Theory: An International Conference on Philosophy of Law*, Oxford, University of Oxford, septiembre 2010.

Otro elemento que parece preocupar a FERRAJOLI en su crítica del constitucionalismo principialista es que tiene como consecuencia el constitucionalismo ético, la confusión entre validez y justicia. La tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral termina siendo la tesis de la justicia de nuestros concretos arreglos institucionales, de nuestras constituciones reales. Si esto fuese verdad, habría razones para sospechar de este constitucionalismo. Pero ni siquiera Ronald DWORKIN, al que FERRAJOLI atribuye esta posición, sostiene algo semejante. DWORKIN sostiene que el Derecho es diferente de la moralidad y que la integridad jurídica previene a menudo al jurista de hallar en el Derecho lo que él desearía que éste contuviera y añade¹⁹:

«Yo no leo la Constitución como si contuviera todos los principios importantes del liberalismo político. En otros escritos, por ejemplo, he defendido una teoría de la justicia económica que requeriría una redistribución sustancial de la riqueza en las sociedades políticas opulentas. Algunas constituciones nacionales intentan establecer un grado de igualdad económica como un Derecho constitucional, y algunos juristas americanos han argüido que nuestra Constitución puede ser comprendida como estableciéndolo. Pero yo no pienso de este modo, por el contrario, he insistido en que la integridad detendría cualquier intento de argumentar desde las cláusulas morales abstractas de la declaración de derechos, o desde cualquier otra parte de la constitución, hasta tal resultado» (notas al pie omitidas).

Y cualquier jurista competente diría que un extranjero que no ha adquirido la nacionalidad española no tiene derecho a votar en las elecciones generales (con arreglo a los arts. 13 y 23 del texto de la Constitución española), a pesar de que lleve más de un lustro viviendo y trabajando entre nosotros y, es más, a pesar de que sí tiene este derecho una persona, español por *ius sanguinis*, que nunca ha pisado el territorio de España. Una regulación que muchos de nosotros tildaríamos de injusta, aunque constitucionalmente válida²⁰.

V

No voy a analizar en esta sección el modo concreto que a mí más me satisface de configurar la distinción entre principios y reglas, ni tampoco los diversos enfoques de la ponderación como mecanismo de aplicación del Derecho. Lo he hecho en otros lugares y FERRAJOLI ha tenido la bondad de replicarme con la mezcla de agudeza y gentileza que le caracterizan²¹.

¹⁹ R. DWORKIN, «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en R. DWORKIN, *Freedom's Law, The Moral Reading of American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 36.

²⁰ Podría argumentarse tal vez que, en este supuesto, la necesidad de determinar con certeza el censo electoral —una razón institucional— conlleva que esta regulación sea *opaca* a las razones que subyacen a la concesión del derecho de sufragio que, dicho muy brevemente, guardan relación con la capacidad de elegir a aquellos que tomarán decisiones sobre los asuntos que nos afectan —una razón sustantiva—. Para la distinción entre razones institucionales y razones sustantivas, puede verse M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, 24, 2001, 115-130. Una crítica al iusnaturalismo por su incapacidad precisamente de dar cuenta de este rasgo de las razones jurídicas *qua* razones institucionales, en J. DELGADO PINTO, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 387.

²¹ J. J. MORESO, «Sobre los conflictos entre Derechos», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de L. Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2004, 159-170; J. J. MORESO, «Sobre “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” de Luigi Ferrajoli», en L. FERRAJOLI, M. ATIENZA y J. J. MORESO, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 117-132, y J. J. MORESO, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa*, 31, 2008, 280-287. L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006; L. FERRAJOLI, *Principia*

Voy a tratar de mostrar, usando argumentos del propio FERRAJOLI, las razones que hacen compatible la incorporación de pautas morales en la legislación con el ideal ilustrado de certeza del Derecho. Por dicha razón propongo denominarlo *constitucionalismo incorporacionista*.

Así argumenta FERRAJOLI²²:

«Sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos, y quizás complacerse de ambas cosas en apoyo del activismo judicial, promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible. En efecto, entre los factores más graves de la discrecionalidad judicial y del creciente papel de la argumentación, está la crisis del lenguaje legal, que ha llegado a ser ya una verdadera disfunción: por la imprecisión y la ambigüedad de las formulaciones normativas, por su oscuridad y, a veces, su contradictoriedad, por la inflación legislativa que ha comprometido la capacidad reguladora del Derecho».

FERRAJOLI nos recuerda la importancia que algunos de los grandes juristas ilustrados (J. BENTHAM, G. FILANGIERI, G. ROMAGNOSI, por ejemplo) concedieron a la elaboración de una *ciencia de la legislación* que velara por la precisión y el rigor del lenguaje legislativo. Se trata del ideal ilustrado de la *certeza del Derecho*²³. Es un ideal valioso y es cierto, como es obvio, que la inflación legislativa unida a cierto descuido en el proceso de elaboración legislativo conlleva imprecisiones y oscuridades que podrían haber sido evitadas.

Que la certeza es un ideal de la regulación jurídica es indiscutible. La certeza del Derecho es valiosa, pero debemos determinar las razones que cuentan en favor de la certeza, con el fin de establecer si es de importancia suficiente para derrotar cualquier tipo de razón en su contra. Gran parte de las razones para conferir valor a la certeza del Derecho se hallan vinculadas con el valor que otorgamos a la autonomía personal. Una de las dimensiones de la autonomía personal reside en la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo y sólo leyes claras, precisas y cognoscibles permiten a las personas elegir y trazar sus planes de vida con garantías. Ahora bien, ¿hay razones para llevar el ideal ilustrado de la certeza hasta el extremo? Pienso que no. Y pienso de este modo, porque considero que la autonomía personal exige también dejar abierta la posibilidad de que los destinatarios de las normas argumenten a favor de la justificación de su conducta, cuando *prima facie* las vulneran. Para ello, las normas jurídicas deben, en muchas ocasiones, dejar abierta la posibilidad de que sus destinatarios acudan a las razones subyacentes (que son de naturaleza moral) para explicar su comportamiento. Así operan, por ejemplo, las causas de justificación en Derecho penal y, muy a menudo, los vicios del consentimiento en Derecho privado²⁴.

Iuris. Teoría del diritto e della democrazia, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. 2, 133-134; L. FERRAJOLI, «“Principia iuris”: una discusión teórica», *Doxa*, 31, 2008, 393-436, y L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», en L. FERRAJOLI, M. ATIENZA y J. J. MORESO, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

²² En la sección 6 de su ensayo.

²³ Y del que la obra de FERRAJOLI, desde su *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, es el más destacado representante contemporáneo.

²⁴ La analogía entre causas de exclusión de la responsabilidad en Derecho penal y vicios del consentimiento en Derecho privado procede de H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968, 28-53.

Un Derecho penal sin causas de justificación sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto, vulneraría en mayor medida la autonomía personal. Es más conforme con la autonomía personal permitir la legítima defensa frente a las agresiones, aunque ello comporta entrar en un terreno menos cierto que el más claro de averiguar si alguien ha causado lesiones a otro, ahora debemos comprobar si el ejercicio de defensa era legítimo, esto es, si era proporcionado, si no medió provocación suficiente, etc. FERRAJOLI reconoce con ejemplos similares el papel que representa la ponderación en estos supuestos²⁵:

«Una ponderación similar puede hallarse en todos los sectores del Derecho. Piénsese, al respecto, en la ponderación que requiere la valoración de circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa, consideradas tales por el Código Penal italiano si se juzgan “proporcionales a la ofensa” (o “al peligro”); o también en la ponderación impuesta por el principio de proporcionalidad de la pena, ya sea en abstracto o en concreto, en función de la gravedad del hecho cometido; o bien en la valoración, nuevamente sobre la base de la ponderación de los intereses contrapuestos en concreto, del daño “injusto” previsto por el art. 2.043 del Código Civil como presupuesto de la responsabilidad civil».

Es una observación muy pertinente la de FERRAJOLI: la ponderación es un actor en la aplicación de todas las ramas del Derecho. Sin embargo, FERRAJOLI insiste en que dicho fenómeno no es causado por la textura de las reglas o principios sino por «las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio. Las normas, ya sean reglas o principios, son siempre las mismas y tienen siempre, por tal motivo, igual peso. Los que cambian, los que son siempre irrepetiblemente diversos y deben, por tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables». Pero sólo es una forma de hablar. FERRAJOLI se da cuenta de que, en todas las ramas del Derecho hay, algunas veces, en las que la aplicación del Derecho se enfrenta a pautas en conflicto. Cuando algunos autores sostienen que se ponderan las pautas para establecer cuál es aplicable a un caso concreto determinado, obviamente quieren decir que, en aquellas circunstancias de hecho, determinada pauta cede su aplicación a otra y, en este sentido, pierde su fuerza. Lo que FERRAJOLI denomina, cada autor genera su léxico preferido, «connotación equitativa» es lo que, por ejemplo, Robert ALEXY denomina «ponderación o balance»²⁶. Se trata exactamente de la misma actividad. Y, como FERRAJOLI sostiene, es una actividad habitual en el Derecho²⁷.

Un Derecho privado sin vicios del consentimiento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto. Si los contratos no fueran nulos por error o por intimidación sería más claro (como en la *stipulatio* del Derecho romano arcaico que, al decir unas palabras se contraía la obligación con independencia de cualquiera otra consideración)²⁸ cuando hemos contraído una obligación contractual, ahora hay que determinar, por ejemplo, la naturaleza del error, su relación con mi declaración de voluntad, etc. En re-

²⁵ En la sección 6 de su ensayo.

²⁶ Vid. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, 2.ª ed., 1994; «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Juris*, 16, 2003, 131-140, y «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, 16, 2003, 433-449.

²⁷ Desarrollo esta idea aplicada a las causas de justificación en Derecho penal y con una crítica de la concepción de los conceptos valorativos en el Derecho de FERRAJOLI, en J. J. MORESO, «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *Doxa*, 24, 2001, 525-545.

²⁸ El ejemplo de la *stipulatio* romana en el cap. 6 del estimulante libro de F. ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2002.

sumen, para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del Derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida. En nuestro horizonte moral siempre existen valores en conflicto, cómo encajarlos sopesándolos, es nuestra tarea como agentes morales. Por tanto, el hecho de que la incorporación de conceptos morales en el Derecho disminuya, algunas veces, la certeza, no ha de verse como algo necesariamente inadecuado, por el contrario, a menudo es el único modo de hacer de nuestro Derecho un Derecho más respetuoso con nuestra autonomía personal.

Es lo mismo que ocurre con las reglas que usamos en nuestra vida cotidiana. Si yo quiero disfrutar de una mañana de trabajo tranquilo, sin ser molestado, para —por ejemplo— terminar la introducción de mi libro, puedo ordenarle a mi secretaria: «No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana». Esta es una regla clara y precisa, ahora bien si la secretaria la sigue sin excepciones, entonces pueden producirse consecuencias indeseadas: no me pasa la llamada de mi hermana que quiere comunicarme que mi madre ha sido ingresada en el hospital, no me pasa la llamada de la ministra de Ciencia e Innovación que quiere comunicarme conmigo urgentemente, etc. Por esta razón, no deseamos secretarías que apliquen nuestras órdenes mecánicamente. Algunas veces, incluso, formulamos explícitamente el *defeater* que hace la regla inaplicable, decimos a nuestra secretaria: «No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana, excepto si es muy importante». Esta segunda regla es menos cierta y precisa que la primera. Aunque algunos casos están claramente excluidos por la regla (la llamada urgente de mi hermana, la llamada de la ministra), otros casos plantearán dudas a la secretaria y deberá ejercer su juicio para aplicar la norma. Ahora bien, esta segunda regla respeta en mayor medida mi autonomía (dado que en este caso, la aplicación de la norma me afecta fundamentalmente), que la primera mecánicamente aplicada. Alguien podría argüir, todavía, que sería mejor una regla que incluyera claramente las excepciones. Sin embargo, esto no es posible: son tantas y tan diversas las circunstancias que aconsejan la inaplicación de la norma, que no podemos encerrarlas en una formulación canónica que no contenga conceptos valorativos.

Pues bien, mi sugerencia es que el Derecho introduce conceptos morales de un modo análogo al del ejemplo de la secretaria y, con los mismos argumentos, de manera justificada. Los conceptos morales que el Derecho incorpora funcionan, a menudo, como *defeaters*, como causas de revocación, permitiendo a los ciudadanos ciertos comportamientos (la legítima defensa) o prohibiendo determinadas regulaciones a las autoridades (el establecimiento de penas crueles, por ejemplo). Las consideraciones morales, incorporadas al Derecho, funcionan como modos habilitados de acceso a las razones que subyacen a nuestras regulaciones, reduciendo así la posibilidad de una aplicación ciega de las reglas. En mi opinión, aunque la certeza es en alguna medida sacrificada, nuestra autonomía moral es más respetada²⁹.

Es obvio que la cultura del *constitucionalismo* ha incrementado el grado de incorporación de la moral al Derecho³⁰. Pero lo ha hecho como un modo de que la aplica-

²⁹ He defendido este argumento previamente en J. J. MORESO, «Positivism jurídico y aplicación del Derecho», *supra* en nota 9, y en *La Constitución: modelo para armar*, *supra* en nota 1, ensayo 1.

³⁰ *Vid.*, por todos, para una valoración positiva de este hecho, M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2002, 112-114.

ción del Derecho sea más respetuosa con los derechos básicos de todos los ciudadanos. Sin embargo, quiero aquí enfatizar que el incorporacionismo de pautas morales es un hecho del Derecho de la modernidad y que este hecho está justificado normativamente. Francisco LAPORTA, por ejemplo, ha señalado que es en el ámbito del Derecho penal donde mayor penetración ha tenido la dinámica de la moralización, hasta el punto que, con sus propias palabras, «las normas del Derecho penal tienden a aplicarse usando de un razonamiento práctico decididamente similar al razonamiento moral»³¹, aunque como el mismo autor advierte³²:

«Las normas morales que tienen vigencia en el seno de los sistemas jurídicos no han adquirido tal vigencia *por* su carácter moral, es decir, en virtud de su propia importancia ética, sino porque una norma específicamente *jurídica* del sistema hace a ellas esa remisión. Esa precaución permite mantener al mismo tiempo la idea de que no hay conexión *necesaria* entre el Derecho y la moral, y la idea de que, a pesar de ello, las normas jurídicas de los ordenamientos modernos están con frecuencia penetradas de contenido moral».

Desde este punto de vista, el constitucionalismo es únicamente un caso especial de la incorporación de la moralidad al Derecho de la modernidad. Una incorporación, como nos recuerda LAPORTA, compatible con el rechazo de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral. La justificación de la incorporación de estas consideraciones morales en el Derecho es, precisamente, habilitar una aplicación del Derecho respetuosa de la autonomía de las personas.

Visto así, me parece, ninguno de los peligros que FERRAJOLI consideraba que acechaban tras el constitucionalismo principialista resultan activados: la incorporación de la moralidad en el Derecho y la aceptación del objetivismo moral no comportan la rehabilitación de la antigua tesis de la conexión entre el Derecho y la moral; la distinción entre reglas y principios no debilita la fuerza normativa de la constitución de un modo análogo a como la presencia en nuestros códigos penales de causas de justificación —que tienen, en el lenguaje actual, a todos los efectos la textura de principios— no debilita la fuerza normativa de nuestra legislación penal y, por último, obviamente que esta adopción de consideraciones morales aumenta en alguna medida la discreción de los jueces, que deben ahora usar el razonamiento moral para determinar el modo en que el Derecho debe ser aplicado, pero este incremento del activismo judicial es necesario para respetar los derechos y la autonomía de todos. La aplicación del Derecho no es una actividad mecánica, no sigue algoritmos predeterminados plenamente, es una actividad en la cual el juicio, la razonabilidad, la sabiduría práctica, la *frónesis* aristotélica, ocupan un lugar principal.

VI

Creo, por tanto, que el constitucionalismo incorporacionista es una posición consistente y atractiva si se lo configura como una posición iuspositivista por cuanto rechaza la segunda tesis (TIN2) del iusnaturalismo, la tesis de la conexión necesaria entre

³¹ F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993, 62.

³² *Ibid.*, 61.

el Derecho y la moral. Puede haber un Derecho de obligaciones, como la *stipulatio* del Derecho romano arcaico, plenamente opaco a consideraciones sustantivas, aunque se trata de regulaciones muy insatisfactorias.

No obstante, acepta la primera tesis iusnaturalista (TIN1), la tesis del objetivismo moral y sus consecuencias ontológicas (OMTO), fundamentalmente que hay un conjunto privilegiado de pautas morales válidas universalmente, epistémicas (OMTE), que podemos conocer estas pautas y semánticas (OMTS), que hay un modo de caracterizar los juicios morales que los hace aptos para la verdad y la falsedad.

Es más, pienso que este modo de caracterizar el constitucionalismo es el más adecuado para dar cuenta de sus tesis normativas: la tesis del liberalismo político (TLP) y la tesis de la democracia (TD). Por la siguiente razón: no veo cómo podemos exigir que los diseños de nuestras instituciones políticas más importantes sean de modo que respeten los derechos básicos de todos y tengan en cuenta la opinión de todos, sino es porque consideramos que hay mejores razones para no torturar a las personas, no censurar sus publicaciones, ni castigarles por sus ideas y para preferir ser gobernados por ciudadanos elegidos por todos en elecciones periódicas y libres; si no hay mejores criterios que funden estas preferencias y opiniones que las contrarias, entonces, ¿por qué deberíamos adoptarlos como bases del constitucionalismo que vindicamos?³³.

Hay otro argumento que podría aducirse a favor del constitucionalismo garantista y que, de algún modo, puede considerarse implícito en FERRAJOLI: la razón que justifica resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son públicas, accesibles a todos y capaces de poner fin a las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas públicas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna *diferencia práctica*. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo³⁴: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del Derecho a la moralidad

³³ Una conclusión semejante basada en premisas muy similares en Á. RÓDENAS, «¿Qué queda del positivismo jurídico?», *Doxa*, 26, 2003, 417-448.

³⁴ Vid. S. J. SHAPIRO, «On Hart's Way Out», en *Legal Theory*, 4, 1998, 469-508, y «The Difference That Rules Make», en B. BIX (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 33-64. De algún modo es una tesis implícita en la defensa de Joseph RAZ del positivismo jurídico excluyente, vid. su reciente defensa en J. RAZ, «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10, 2004, 1-17. Entre nosotros ha sido vindicada por M.^a C. REDONDO, vid., por ejemplo, «Legal Reasons: Between Universalism and Particularism», *Journal of Moral Philosophy*, 2, 2005, 47-68. La tesis, aunque reciente, ha dado lugar a una amplia discusión, puede verse J. L. COLEMAN, «Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4, 1998, 381-426; K. E. HIMMA, «Waluchow's Defense of Inclusive Positivism», en *Legal Theory*, 5, 1999, 101-116; «H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis», en *Legal Theory*, 6, 2000, 1-43; W. J. WALUCHOW, «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», *Legal Theory*, 6, 2000, 45-81, y M. KRAMER, «How Moral Principles Can Enter into the Law», en *Legal Theory*, 6, 2000, 103-107. Mi crítica a la tesis en J. J. MORESO, «In Defense of Inclusive Legal Positivism», *supra* nota 12, 59-63.

son superfluas³⁵ y, por tanto, la única concepción plausible del Derecho, como un instrumento capaz de producir diferencia práctica, es el constitucionalismo garantista. Tal vez, algo de esto quiera decir FERRAJOLI cuando aduce que el positivismo principialista rebaja la normatividad del Derecho y de la Constitución.

Creo que esta crítica cede si son plausibles los dos siguientes argumentos: en primer lugar, que las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del Derecho interviene activamente la argumentación moral³⁶ y, en segundo lugar, que la diferencia práctica del Derecho va de la mano de su estructura institucional³⁷.

Muchos supuestos de aplicación del Derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la Constitución española prohíbe, en su art. 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal Constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes, en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del Derecho es la que permite a las normas con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para aplicarla, para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional y, como tal, nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del Derecho. La incorporación de la moralidad en el Derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

Es decir, necesitamos reglas públicas, claras y precisas en la ciudad de Creonte. Pero, si no queremos caer en la crítica que le dirige Tiresias hacia el final de la tragedia

³⁵ Para un argumento, parcialmente semejante a éste, sobre la superfluidad del Derecho, aunque el autor no lo acepta, *vid.* C. S. NINO, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991, Appendix iv, 394-395.

³⁶ Una posición según la cual si se acepta el incorporacionismo entonces no hay modo plausible de detener la invasión del Derecho por parte de la moralidad en C. ORUNESU, P. PEROT y J. L. RODRÍGUEZ, «Derecho, moral y positivismo», en C. ORUNESU, P. PEROT y J. L. RODRÍGUEZ, *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, 59-90.

³⁷ Para este segundo punto véase el sugerente estudio de M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, 24, 2001, 115-130.

de Sófocles, dichas reglas deben tener maneras de desactivar su aplicación cuando hacerlo conlleva una clara ausencia de buen juicio, de *ebulía*. En la república constitucional de Creonte ha de haber lugar para considerar justificado el comportamiento de Antígona de enterrar a su hermano Polinices.