

Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza

Mandates of Balancing. Breviary of Legal Theory in Honor of Manuel Atienza

Josep Aguiló Regla*

Autor:

Josep Aguiló Regla
Universidad de Alicante, España
josep.aguiló@ua.es
<https://orcid.org/0000-0002-8560-8802>

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

Citar como:

Aguiló Regla, Josep (2023). Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 15-39. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.01>

Financiación:

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PID2021-125387NB-I00, titulado «Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos».

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Josep Aguiló Regla

Resumen

El trabajo estudia el papel de los principios constitucionales en la aplicación ordinaria del Derecho; se centra, por tanto, en las relaciones entre ponderación y legislación. Para ello, se recurre a la teoría de la legislación de M. Atienza como punto de partida y se analizan algunos modelos teóricos. El artículo se propone sobre todo operar una simplificación drástica de la discusión teórica sobre la ponderación. Se concluyen dos tesis relativas al método jurídico en un Estado constitucional. Primera, los principios constitucionales son mandatos de ponderación dirigidos al legislador. Segunda, para los jueces ordinarios la ponderación *contra legem* está prohibida; la ponderación *secundum legem* es obligatoria; y la ponderación *praeter legem* es aceptable si el juez justifica la existencia de una laguna legislativa (ya sea normativa o axiológica).

Palabras clave: Manuel Atienza, legislación, principios constitucionales, ponderación, mandatos de ponderación, laguna jurídica, ponderación *contra legem*, ponderación *secundum legem*, ponderación *praeter legem*.

Abstract

The paper studies the role of constitutional principles in the ordinary application of Law; it focuses on the relationships between balancing and legislation. The theory of the legislation of M. Atienza is used as a starting point, and some theoretical models of legal method are analyzed.

* Agradezco a Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Victoria Roca, Jesús Vega, Lucas Misseri, Danny Cevallos y Rafael Buzón los comentarios, sugerencias y correcciones formuladas al presente texto.

The article intends to operate a drastic simplification of the theoretical discussion on balancing. Two theses related to the legal method in a constitutional state are concluded. First, the constitutional principles are mandates of balancing addressed to the legislator. Second, for ordinary judges balancing *contra legem* is prohibited; balancing *secundum legem* is mandatory; and balancing *praeter legem* is acceptable if the judge justifies the existence of a legislative gap (whether normative or axiological).

Keywords: Manuel Atienza, legislation, constitutional principles, balancing, mandates of balancing, legal gap, *contra legem* balancing, *secundum legem* balancing, *praeter legem* balancing.

1. INTRODUCCIÓN

«La ponderación de principios es una operación jurídica más fundamental que la de subsumir un caso en una regla porque a toda regla subyace una ponderación». En este trabajo me propongo explicar el sentido teórico de esta afirmación; que bien puede considerarse un tópico que los miembros del grupo de filosofía del Derecho de Alicante aceptamos sin reservas¹. Para proceder a esta explicación voy a dividir el artículo en tres grandes apartados. El primero irá destinado a exponer —a modo de elogio— la teoría de la legislación de Manuel Atienza² (eso sí, interpretada «a mi manera»). Esta exposición libre³ de las tesis de Atienza me va a permitir resaltar —sin ánimo polémico— algunas dimensiones de la legislación, así como mostrar algunos lugares comunes en torno a cómo estas dimensiones inciden en el razonamiento jurídico aplicativo.

El segundo apartado (titulado «Estado constitucional, racionalidad legislativa y método jurídico») aborda una cuestión central del debate contemporáneo en torno a la aplicación del Derecho, al método jurídico aplicativo: la del papel que juega (o debe jugar) la ponderación de principios en la aplicación ordinaria del Derecho. Para ello

1. He recurrido a frases semejantes a esta en infinidad de ocasiones. La primera vez, si no recuerdo mal, fue en la presentación del libro *Fragments para una teoría de la constitución* [de Aguiló Regla, J.; Atienza, M.; y Ruiz Manero, J.; Justel, Madrid, 2007]. Allí, en palabras de Atienza, aunque firmadas por los tres, se podía leer: «Los tres pensamos que el componente valorativo, principal o ponderativo tiene algún tipo de prioridad [sobre el autoritativo] porque no concebimos el Derecho (o no simplemente) como una realidad ya dada, como un producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de justificación o corrección».
2. Este texto se elaboró para el encuentro «30 años de argumentación jurídica en Alicante», que fue concebido como un homenaje a Manuel Atienza con motivo de su jubilación. El evento, organizado por sus compañeros de Área de conocimiento de Alicante y por sus doctores, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante los días 10 y 11 de junio de 2022. Este número de *Doxa* recoge todas las ponencias presentadas.
3. En este contexto, «libre» quiere decir «de memoria» (¡con mi memoria!) y «sin pretensiones de fidelidad a los textos»; se trata de usar la teoría de la legislación de Atienza, más que de exponerla. En cualquier caso, para una exposición de las tesis de Atienza puede verse Atienza, M.: *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Madrid, Civitas, 1989; y, en este mismo número, Buzón, Rafael: «Introducción al pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza» y Nascimento, Roberta Simões: «El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta».

me detendré a explicar tres modelos teóricos a los que dedicaré un subapartado, respectivamente: «Imperio de la ley y constitucionalismo político», «Estado constitucional y constitucionalismo jurídico» y «Constitucionalismo de los derechos y postpositivismo».

Finalmente, el tercer apartado, titulado «Ponderación y legislación», incluye una parte más constructiva en la que trataré de perfilar teóricamente algunos elementos —en mi opinión, imprescindibles— para una teoría adecuada del método jurídico en el Estado constitucional de Derecho. Este apartado incluirá dos subapartados: «Ponderación *contra legem, secundum legem y praeter legem*» y «Principios y valores».

Me gustaría dejar dos cosas claras desde el principio. La primera es que, aunque voy a hablar de constitucionalismo y de Estado constitucional, no me voy a detener en absoluto en cuestiones de justicia constitucional: todo lo que voy a decir sobre la aplicación judicial del Derecho va a ir referido a los jueces ordinarios, no a los jueces constitucionales. En esta ocasión solo me voy a referir a la aplicación ordinaria del Derecho⁴. La segunda cuestión que quiero dejar clara es que entre mis objetivos está operar una drástica simplificación de la discusión teórica sobre la ponderación. En mi opinión, esta discusión ha adquirido unos niveles de «sofisticación» y sutileza que resultan no solo innecesarios; sino que, además, constituyen un obstáculo para el desarrollo adecuado del constitucionalismo jurídico, la teoría del Derecho adaptada al Estado constitucional de Derecho⁵.

4. Soy perfectamente consciente de que la separación (distinción) entre justicia ordinaria y justicia constitucional es mucho más clara en Europa que en muchos lugares de Latinoamérica. El modelo latinoamericano de amparo (tutela, acción de protección, etc) al involucrar a jueces ordinarios en la resolución de acciones constitucionales hace problemática la frontera entre una y otra. Pero el carácter borroso de la frontera, no afecta a la existencia de casos claros, paradigmáticos. Sobre la distinción entre el modelo europeo y el latinoamericano de amparo véase: Cevallos, Danny: *El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo* (tesis doctoral pendiente de lectura).

5. Desde que publicara su teoría de los derechos fundamentales, Alexy ha sido el gran protagonista de la discusión sobre los principios y la ponderación tanto en Europa como en Latinoamérica [Alexy, R: *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993]. «La manera de entender la ponderación por parte de Alexy es básicamente acertada, pero incurre en lo que bien puede llamarse una ‘falacia de la falsa precisión’. Quiero decir, su empeño por cuantificar los factores de su famosa fórmula no aporta realmente nada, y corre el serio riesgo de hacer pensar que se trata de algo así como de un cálculo cuando, en realidad, lo que Alexy proporciona no es nada más que una especie de tópica, de conjunto de lugares comunes o de preguntas críticas (¿es la medida necesaria?, ¿es idónea? ¿supone una afectación grave de otro bien o derecho?, etc.) que, efectivamente, puede contribuir a evitar una decisión arbitraria. Pero la racionalidad de la ponderación tiene que ver fundamentalmente, como es obvio, con la calidad de las razones aportadas para contestar a esas preguntas». Atienza *dixit* [Atienza, M.: Prólogo a García Amado, J.A. y Giorgio Dalla Barba, R. (ed.): *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*, Palestra, 2022] Comparto completamente este juicio Atienza y, además, estoy convencido de que la «falsa precisión» ha estado presente en buena parte de la discusión en torno a los principios y a la ponderación.

2. LA RACIONALIDAD LEGISLATIVA SEGÚN ATIENZA.

Ahí va mi interpretación «libre» de la concepción de la racionalidad legislativa de Atienza. Hablar de racionalidad en relación con la legislación quiere decir esencialmente dos cosas: una, que la actividad de legislar tiene un sentido, sirve a algo (y la aceptación de la legislación como pauta de conducta correcta, también); y, dos, que contamos con criterios para evaluar la calidad de las leyes, para afirmar que unas leyes son mejores que otras y que todas ellas son mejorables en algún aspecto relevante. En definitiva, las leyes tienen sentido (si no lo tuvieran no podrían aspirar a ser consideradas racionales) y hay criterios para evaluar su calidad (una ley puede ser mejor o peor).

Distingamos, pues, los siguientes cinco niveles de racionalidad legislativa: R1: racionalidad lingüística, R2: racionalidad sistemática en el nivel de las disposiciones (el sistema jurídico), R3: racionalidad sistemática en el nivel de las reglas (el sistema normativo), R4: racionalidad teleológica y R5: racionalidad ética⁶. Respecto de cada uno de estos niveles de racionalidad, y siguiendo los pasos de Atienza, es posible emitir juicios internos de racionalidad legislativa (es decir, relativos a cada nivel). Estos juicios naturalmente resultan reduccionistas y deben ser completados con juicios externos que relacionen los diferentes niveles de racionalidad entre sí. Ahora, sin embargo, voy a referirme exclusivamente a los juicios internos de racionalidad legislativa (los relativos a cada nivel).

R1: Racionalidad lingüística. La ley es vista como un acto de comunicación, como un conjunto de enunciados que pretenden transmitir cierta información. El legislador (sujeto emisor) dirige un mensaje a diferentes receptores con la pretensión de transmitir información. El sentido de la ley así considerada es manifiesto: la comunicación; y su bondad se determina a partir de su calidad comunicativa. Naturalmente, tenemos criterios compartidos para determinar la calidad comunicativa de una ley y para mejorar la de cualquier proyecto de ley. La detección y eliminación de las ambigüedades sintácticas y semánticas, el recurso a las definiciones o a las redundancias, el lenguaje tecnificado, etc. son ejemplos de recursos con los que evaluar la calidad lingüístico-comunicativa

6. Atienza distingue cinco niveles de racionalidad legislativa: la lingüística, la jurídico-formal, la pragmática, la teleológica y la ética. Como se ve, he introducido algunas modificaciones en este esquema de Atienza. Estas modificaciones responden más a necesidades internas de mi propio discurso que a una enmienda a su teoría de la legislación. En este sentido, he reinterpretado la racionalidad jurídico-formal como una racionalidad sistemática que abarca tanto el nivel de las disposiciones (el sistema jurídico) como el nivel de las reglas (el sistema normativo). Por otro lado, y a los puros efectos del discurso que estoy construyendo, he prescindido de la racionalidad pragmática. Si por racionalidad pragmática se entiende, como hace Atienza, la racionalidad que persigue el mantenimiento del orden y la eficacia del Derecho, es decir, la adecuación de las conductas de los destinatarios a lo previsto en la ley, es evidente que no es eliminable de la racionalidad legislativa. Mi elusión es, por tanto, meramente relativa al discurso que estoy tratando de construir sobre las relaciones entre legislación y ponderación en la aplicación del Derecho.

de una ley y/o mejorarla. En definitiva, en términos lingüístico-comunicativos las leyes tienen un sentido y podemos evaluar su calidad.

Todo ello se traslada al método jurídico-aplicativo del Derecho a través de la llamada «interpretación literal» o criterio gramatical de interpretación de la ley. Su lema bien podría ser este: «las palabras del legislador importan».

R2: Racionalidad sistemática en el nivel de las disposiciones⁷. Las leyes no son solo mensajes, son también fuentes-acto: actos de promulgación de disposiciones jurídicas, es decir, de conjuntos de enunciados jurídicos portadores de un determinado régimen jurídico y de una cierta sistematicidad. Estos enunciados jurídicos tienen una determinada jerarquía y vienen estructurados y ordenados de forma que componen un cierto sistema: piénsese en la estructura en libros, títulos, capítulos, secciones, artículos, apartados, letras y disposiciones transitorias, finales, etc.; donde todas estas estructuras están ordenadas (numeradas). Naturalmente, la sistematicidad de toda ley (su estructura y ordenación) es evaluable y mejorable. Además, las leyes como conjuntos de enunciados jurídicos estructurados y ordenados están llamados a insertarse dentro de otro conjunto mayor, el sistema jurídico. En efecto, la introducción de una nueva ley genera una multiplicidad de relaciones sistemáticas entre los nuevos enunciados jurídicos y los que ya componían el sistema jurídico. Cuestiones de naturaleza sistemática son, por ejemplo, las promulgaciones de disposiciones (las fuentes-acto), las derogaciones expresas (las cláusulas derogatorias), la jerarquía normativa (por tipos formales de disposiciones), la validez formal de las disposiciones (por aplicación del *lex superior*), las modificaciones de enunciados jurídicos anteriores, los textos refundidos, el derecho transitorio, la *vacatio legis*, etc. En este sentido, la bondad sistemática de una ley es analizable no solo internamente a la propia ley, sino también en términos de afectación a la sistematicidad del Derecho en su conjunto (al sistema jurídico). No hay que esforzarse mucho para darse cuenta de que la calidad de las leyes en el nivel de las disposiciones es graduable y de que hay leyes mejores y peores. Contamos, pues, con criterios relativamente claros y compartidos para mejorar la calidad sistemática de las leyes en su estructura y ordenación internas, por un lado, y en su afectación al sistema jurídico en su conjunto, por otro.

7. Como se ve, voy a descomponer la racionalidad jurídico-formal de Atienza en dos niveles de racionalidad sistemática: el de las disposiciones y el de las reglas. Aunque no estoy plenamente seguro de los términos usados, no albergó dudas respecto de la necesidad de la distinción. Ya en un libro sobre la derogación (institución típicamente legislativa) advertía de la necesidad de distinguir entre el nivel de las disposiciones y el de las normas (reglas): «Si se consideran estos dos tipos de derogación [...la expresa y la tácita...], es fácil percatarse de las dificultades que entraña tratar la derogación como un fenómeno unitario; pues mientras que la expresa se configura como una relación entre actos normativos (de promulgación y de derogación [de disposiciones]), la tácita se configura como una relación entre normas (es el resultado de la solución de un conflicto de normas)», en Aguiló Regla, J.: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1995.

Este nivel de racionalidad legislativa se traslada al método jurídico-aplicativo esencialmente en términos de la llamada «interpretación sistemática». Por ejemplo, todos sabemos que el *locus* (la ley, el título, el capítulo, etc.) en el que se encuentra un enunciado jurídico (una disposición) es esencial para atribuirle significado, para resolver cuestiones relativas a su sentido, a su interpretación. Un lema aplicativo adecuado podría ser «la organización de la ley por disposiciones jurídicas importa».

R3: Racionalidad sistemática en el nivel de las reglas. La ley es vista ahora como un conjunto de reglas jurídicas. Algunas de estas reglas indican a sus destinatarios cómo deben comportarse lo quieran o no (reglas de mandato); y otras, qué resultados institucionales pueden (en el sentido de «les es posible») producir y cómo producirlos (reglas que confieren poderes públicos y privados). Así considerada, la ley es vista como expresión de la voluntad de quien dicta dichas reglas: tanto en su dimensión regulativa (en torno a la idea de deber jurídico) como en su dimensión constitutiva (en torno a las nociones de poder normativo y de delegación de poder). Las reglas indican cómo comportarse e incorporan refuerzos de conducta: las reglas de mandato imponen deberes y refuerzan su cumplimiento mediante sanciones (generalmente) negativas; y las reglas que confieren poder ofrecen a sus destinatarios la validez de los resultados institucionales perseguidos y/o debidos. Todas las reglas jurídicas tienen una estructura condicional que correlaciona un supuesto de hecho (condición de aplicación) con una consecuencia jurídica (o solución normativa en sentido amplio).

La bondad sistemática de una ley en el nivel de las reglas puede analizarse según el grado de simplificación de la deliberación práctica que suministra a sus destinatarios (claridad en las condiciones de aplicación y en el contenido del deber⁸, por un lado, y en las condiciones de ejercicio de los poderes normativos y de la validez de los resultados institucionales, por otro). Por ejemplo, una ley cuyas reglas cuentan con antecedentes cargados de propiedades valorativas no suministra esquemas directos de aplicación y, en este sentido, resulta manifiestamente mejorable desde este nivel de racionalidad. Bien puede decirse que la calidad de una ley es, en este sentido, directamente proporcional (entre otras cosas) a la subsumibilidad directa que ofrecen sus reglas.

Pero las leyes vistas desde esta perspectiva no son solo conjuntos de reglas, aspiran a ser también sistemas de reglas (sistemas normativos). La razón es bien clara: para

8. Aunque aquí no me voy a detener a desarrollarlo, hay que tener en cuenta que cuando hablamos de deliberación en torno al contenido del deber es importante distinguir entre deberes negativos y deberes positivos. Los deberes negativos prohíben todas las formas de acción que producen el resultado prohibido (el cambio en el mundo prohibido) y, en este sentido, cierran completamente la deliberación práctica de los destinatarios. Por el contrario, los deberes positivos obligan a producir un resultado y, en este sentido, fuerzan a elegir una de entre todas las posibles formas de producirlo (siempre hay que elegir una forma de acción entre todas las posibles formas de producir el resultado obligatorio). Por ello, suele decirse que los deberes positivos conllevan siempre «discrecionalidad» en el sentido propio de la expresión. Para un análisis del concepto de discrecionalidad puede verse el cap. 3 del libro de Lifante Vidal, I., *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*, Palestra, Lima, 2021 (pp. 95-169).

eliminar la deliberación práctica de los destinatarios de las reglas, el conjunto de reglas tiene que ser consistente (una contradicción entre reglas no resuelta por el sistema exige que el destinatario delibere sobre cómo comportarse) y pleno (no puede haber situaciones, casos, sin solución normativa; una laguna normativa –un caso no resuelto– exige también deliberación práctica para determinar el deber). Naturalmente el esquema puede complicarse mucho más, pero lo que sí está claro es que solo en los casos resueltos por las reglas se consigue eliminar la deliberación práctica de los destinatarios de las mismas. No hay duda de que desde esta perspectiva las leyes pueden ser mejores o peores y/o mejorables.

Este nivel de racionalidad legislativa se traslada al método jurídico-aplicativo en tres formas básicas. La primera tiene que ver con la interpretación: en caso de duda sobre el significado que hay que atribuir a una disposición, hay que optar por determinar qué quiso el legislador (*voluntas legislatoris*). En el nivel de las reglas, el lema está claro: «la voluntad del legislador importa». La segunda forma es a través de la consideración de que las reglas (todas las reglas) son «mandatos de subsunción», pues subsumir un caso en una regla preexistente es la única forma de «aplicar (o resolver) sin deliberar». Una regla que no permite subsumir sin valorar presenta algún defecto en relación con el caso en cuestión. El lema podría ser «las reglas son concluyentes». Y la tercera forma de traslación al método jurídico-aplicativo de este nivel de racionalidad es a través de la gran distinción entre casos regulados (es decir, casos en los que el sistema de reglas da una respuesta) y casos no regulados (casos no resueltos por el sistema de reglas, bien porque da más de una respuesta, bien porque no da respuesta alguna). La idea de unidad del sistema normativo es esencial para hablar de racionalidad sistemática de las leyes: unidad en la guía de la conducta (unidad del deber) y unidad en la autoridad jurídica (unidad en la delegación de poder normativo). El lema ahora sería «la unidad del sistema de reglas importa». Visto el Derecho desde esta perspectiva, si la unidad del sistema normativo fracasa en un caso, entonces ese caso no tiene solución desde el sistema normativo, solo decisión.

R4: Racionalidad teleológica: Las leyes persiguen fines sociales; todas tienen siempre un sentido práctico. Todas las leyes se dictan para algo más que para comunicar correctamente un mensaje (R1), para componer de manera adecuada un sistema de disposiciones jurídicas (R2) o para guiar la conducta a través de un sistema de reglas, un sistema normativo (R3). En efecto, todas las leyes tienen un sentido práctico pues están al servicio de algo distinto de ellas mismas. Es decir, R1, R2 y R3 están al servicio de fines perseguidos por las leyes. En particular, todas las leyes (y todas las reglas que contienen) pueden verse como orientadas a la protección y/o promoción de ciertos bienes jurídicos. La formulación normativa de estos fines (bienes a proteger y/o a promover) es lo que generalmente llamamos «principios jurídicos».

Los principios son normas regulativas que ordenan la protección de bienes jurídicos (prohíben su lesión) y/o la promoción de los mismos (ordenan su generación y/o

aseguramiento); pero que, a diferencia de las reglas, no definen el caso⁹. Sin embargo, lo más importante al respecto es darse cuenta de que para proteger y/o promover estos bienes jurídicos las leyes sacrifican necesariamente otros bienes jurídicos. Para mostrarlo de manera patente: todos los **delitos** están destinados a proteger bienes jurídicos relevantes; y todas las **penas** adheridas a ellos consisten en privaciones de bienes jurídicos también relevantes. Un componente esencial de la calidad (bondad) de cualquier ley es saber qué fines persiguen sus reglas (que bienes se trata de proteger y/o de promover) y qué medios (bienes) se consumen en aras de alcanzar esos mismos fines¹⁰. Bien mirado, este componente es netamente político; y, en consecuencia, la legislación nunca puede dejar de verse como una decisión política. La razón es clara: las reglas contenidas en las leyes expresan siempre una ponderación de principios, un juicio de proporcionalidad, un balance de razones, un compromiso entre medios y fines, etc.

Este nivel de racionalidad legislativa se traslada al método jurídico-aplicativo de tres maneras diferentes. La primera es a través de la llamada interpretación teleológica, que no es otra cosa que atribuir un sentido protector y/o promocional de bienes a las reglas contenidas en la ley. Si no se atribuye este sentido práctico a las leyes es imposible desarrollar en torno a ellas las actitudes de lealtad necesarias y mínimas para poder, por un lado, resolver problemas de interpretación y aplicación y, por otro, las condiciones para considerar que el mero ritualismo jurídico es una forma de conducta jurídica desviada¹¹. Naturalmente, todo ello presupone la noción de «ponderación de principios»; pero hay muchas otras nociones –menos claras, por cierto– que cumplen funciones jurídico-argumentativas semejantes: «proporcionalidad», «razones subyacentes», «balance de

9. Siempre he pensado que una buena manera de caracterizar los principios frente a las reglas es acudir a la noción de «norma categórica» de von Wright [Von Wright, G.H.: *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970, págs.91 y ss.]. En efecto, a partir de la noción de condición de aplicación de una norma [«aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma»], von Wright distingue entre normas categóricas [aquellas cuya condición de aplicación viene dada por el contenido] e hipotéticas [aquellas cuya condición de aplicación no puede ser derivada solamente de su contenido; por ello, al tener que mencionar la condición adicional adoptan la estructura condicional típica en la forma ‘si ... entonces ...’]. Sobre ello, Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 135 y ss.

10. Para una visión amplia de la cuestión véase Pérez Lledó, J.A.: «Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000.

11. Como es sabido, Robert K. Merton [«Social Structure and Anomie», *American Sociological Review*, vol. 3, núm. 5 (oct. 1938), 676 y ss.] clasificaba en cinco formas diferentes la adaptación de los individuos a los grupos sociales; y lo hacía a partir de la aceptación o el rechazo tanto de los fines definidos culturalmente (*cultural goals*) como de los medios institucionales (*institutionalized means*) predispuestos para alcanzarlos. Así, distinguía: 1) La conformidad: acepta los fines y los medios. 2) La innovación: acepta los fines, pero rechaza los medios. 3) El **ritualismo**: rechaza los fines, pero acepta los medios. 4) La apatía (*retreatism*): rechaza tanto los fines como los medios, pero no propone alternativas. 5) La rebelión: rechaza tanto los fines como los medios, pero propone fines y medios alternativos. Si bien se considera, la traslación de la «racionalidad teleológica» de la ley al método jurídico-aplicativo como mínimo tiene que implicar la consideración de que el ritualismo es una forma de conducta desviada.

razones» y un largo etcétera. El lema, en mi opinión, está claro: «Los fines y los costes de las reglas importan».

La segunda manera en que este nivel de racionalidad legislativa se traslada al método jurídico-aplicativo tiene dos vías. Una es a través de la idea de «revisión» (ahora no hay por qué precisar más) de lo prescrito por las reglas (piénsese en nociones tales como «deberes *prima facie*», «derrotabilidad de las reglas», «visto todo el Derecho», «todas las cosas consideradas», «ilícitos atípicos», etc.). La otra vía es a través de los llamados juicios de relevancia jurídica, es decir, juicios relativos a casos «relevantes jurídicamente» no resueltos por las reglas (piénsese, por ejemplo, en el recurso a la analogía). Sin entrar en matices, lo que tienen en común estas dos vías es que ilustran casos de desajustes entre la racionalidad de la ley como sistema de reglas (R3) y su racionalidad teleológica (R4): entre lo que ordena la ley y lo que protege y/o promueve¹². Bien considerado, los principios jurídicos son mandatos de ponderación, es decir, mandatos de tomar en consideración (de ponderar) todos los bienes jurídicos relevantes en relación con los casos concretos a resolver. En el ámbito aplicativo, no se trata de sustituir la ponderación del legislador por la ponderación del juez, como suelen repetir los escépticos. La idea de mandato de ponderación remite al deber del juez de ponderar lo que el legislador (por la razón que sea) no ha ponderado. Desde esta perspectiva, la clasificación relevante de los casos a resolver no es como en el nivel anterior entre «casos regulados» y «casos no regulados»; aquí la clasificación es más bien entre casos fáciles (hay coherencia entre R3 y R4 y, por tanto, el caso puede resolverse sin deliberación práctica) y casos difíciles (hay desajustes entre R3 y R4, lo que conlleva que la aplicación del Derecho en el caso exige deliberación práctica). Más adelante regresaremos sobre esta cuestión, pero el lema ahora también es claro: «Evitar errores de regulación importa».

Y, finalmente, la tercera manera por la que la racionalidad teleológica entra en el razonamiento aplicativo del Derecho es a través de la distinción entre principios sustantivos y principios institucionales. En efecto, del mismo modo que en el nivel de las reglas (R3) puede distinguirse entre reglas de mandato (regulativas) y reglas que confieren poderes (constitutivas); en el nivel de los principios puede distinguirse entre principios sustantivos y principios institucionales (o entre sus equivalentes funcionales sin necesidad de precisar ahora mucho más: razones sustantivas y autoritativas, razones materiales y formales, etc.). Los principios sustantivos ordenan la protección y/o promoción de bienes directamente valiosos; mientras que los principios institucionales

12. Este desajuste puede expresarse de muchas maneras. Una de las que ha adquirido mayor notoriedad en los últimos tiempos es la de Schauer que, a partir de considerar que las reglas son generalizaciones probabilísticas, habla de «sobreinclusión» e «infrainclusión» de las mismas, Schauer, F.: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004. En palabras de Ortega y Gasset podríamos hablar de la «doble condición del decir [...]»: 1.º Todo decir es deficiente –dice menos de lo que quiere. 2.º Todo decir es exuberante –da a entender más de lo que se propone», Ortega y Gasset, J.: «Comentario al 'Banquete' de Platón» en *Misión del Bibliotecario*, Revista de Occidente (col. El arquero), Madrid, 1962, pág. 146.

protegen y/o promueven esos artificios jurídicos que llamamos «instituciones», que son necesarios para preservar y/o promocionar los bienes sustantivos. «Necesario» significa sin alternativa para el aplicador del Derecho; lo que conlleva que entre las exigencias sustantivas y las exigencias institucionales no se dé una relación meramente instrumental: el valor de unas y otras exigencias puede colapsar en muchas ocasiones. Como ilustración, piénsese en la complejidad de las relaciones entre, por un lado, el derecho a la libertad personal (principio sustantivo) y, por otro, el principio de legalidad (principio institucional). El par previsibilidad/libertad es probablemente uno de los tópicos jurídicos más asentados. Aquí el lema del aplicador del Derecho podría formularse de tres maneras diferentes, aunque compatibles entre sí (dos en forma de límite y uno, de guía): a la manera de Atienza, «No hay buenas decisiones judiciales al margen del Derecho»; a la de Nino, «Debe preservarse el Derecho en las decisiones judiciales»; o a la de Dworkin, «El Derecho debe interpretarse bajo su mejor luz».

R5: Racionalidad ética. La ley es vista ahora como una decisión que incorpora un conjunto de mandatos y/o directivas que interfieren en la libertad de las personas y que afectan de manera drástica a sus intereses. En este sentido, la ley es una decisión (acción) que exige justificación moral. Las interferencias intencionales en la libertad de los otros y las afectaciones intencionales de sus intereses forman el ámbito más claro de las acciones con relevancia moral; las que, sin duda, requieren justificación moral. No es necesario, por tanto, perder mucho tiempo en mostrar la relevancia moral de la legislación, podemos darla por descontada. Si pensamos en lo dicho hasta ahora, deben justificarse tanto los fines perseguidos (los bienes protegidos y/o promovidos) por la ley como los medios usados para su consecución (los bienes sacrificados). En efecto, una ley que responde a principios inmorales (por ejemplo, promueve la segregación racial) o que persigue fines no valiosos no puede aspirar a ser racional. Como tampoco puede aspirar a serlo una ley que consume medios más valiosos que los fines que pretende alcanzar: no puede ser racional una ley en la que el valor de las interferencias en la libertad y en los intereses de los destinatarios (deberes, sanciones, etc.) es superior al valor de lo protegido y/o promovido.

En cualquier caso, no nos dejemos abrumar por la cuestión de las controversias valorativas, porque siempre que llegamos a este nivel de discurso aparece algún relativista «simple» exhibiendo su seguridad vacía. Lo importante no es si hay o no acuerdos valorativos (lo que es una pura cuestión de hecho); lo fundamental es darse cuenta de que «no es posible» emitir un juicio de racionalidad en sentido ético de una ley y simultáneamente considerar que esa misma ley persigue fines inmorales y/o que sacrifica como medios bienes más valiosos que los fines que persigue alcanzar. La justificación moral de las medidas legislativas tiene una forma típica: «fin justificado», por un lado, y, por otro, «mal menor» y/o «mal necesario» de los bienes sacrificados. Esta estructura justificativa permite entender por qué la ley incorpora una «pretensión de justicia».

Para mostrar cómo este nivel de racionalidad se traslada al método jurídico-aplicativo del Derecho hay que introducir algunos elementos teóricos más. Avancemos en esta dirección.

3. ESTADO CONSTITUCIONAL, RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y MÉTODO JURÍDICO

3.1. El debate contemporáneo sobre el método jurídico

De lo referido hasta aquí hay que distinguir dos aspectos: lo dicho a propósito de la legislación y su racionalidad, por un lado, y lo dicho a propósito del traslado de lo anterior al método jurídico-aplicativo, por otro. Lo primero no es, me parece, fuertemente discutible. Todo el mundo podría aceptarlo en términos generales, pues cualquier debate sobre la calidad de las leyes puede alcanzar todas las dimensiones reseñadas. En realidad, el marco creado por Atienza recopila los tópicos sobre la legislación y su calidad¹³. Otra cosa es lo dicho a propósito del método jurídico aplicativo: el posible consenso en torno a la legislación (y su debate) se desvanece por completo cuando nos preguntamos por el traslado de las referidas dimensiones de la legislación al método jurídico-aplicativo. Respecto de cada nivel de racionalidad legislativa he venido haciendo algunas afirmaciones relativas al reflejo que tenía (o podía tener) en el momento de su aplicación. Pero estas afirmaciones no estaban suficientemente articuladas como para que pudieran considerarse fragmentos de una teoría del método jurídico aplicativo. Lo cierto es que en las últimas décadas se ha discutido mucho –y de forma muy polarizada– la cuestión de la aplicación del Derecho y del método jurídico. Este disenso ha quedado reflejado en diferentes modelos de teoría del Derecho. A continuación, voy a tratar de explicar algunos de estos modelos teóricos de la forma más clara de que soy capaz. Naturalmente, no hace falta advertir de que en los países que venimos de la tradición romano-justiniana del *civil law*, esta discusión teórica se ha visto interferida por la irrupción del Estado constitucional de Derecho y por la consiguiente constitucionalización de nuestros ordenamientos jurídicos. Pero vayamos por partes y no adelantemos acontecimientos.

3.2. Imperio de la ley y constitucionalismo político.

En los países de tradición legalista (romano-justiniana), el imperio de la ley ha sido la teoría del Derecho dominante del Estado de Derecho. Tanto el Estado de Derecho como el modelo teórico del imperio de la ley han girado en torno a dos grandes principios: el principio de legalidad y el principio de separación de poderes. El modelo teórico del

13. Téngase en cuenta que, a efectos de facilitar mi exposición, he cercenado un aspecto de la racionalidad legislativa que Atienza incluye en su elenco, la racionalidad pragmática.

imperio de la ley significa –por decirlo en palabras de Bobbio– que el soberano gobierna *per leges* y que todos los juristas en sus tareas aplicativas operan *sub lege*¹⁴. El soberano fija políticamente los fines sociales a perseguir y recurre al Derecho (a la ley) como uno de los instrumentos con los que cuenta para alcanzarlos. Para el jurista, dichos fines son externos al Derecho y solo muy marginalmente pueden tener reflejo en el método jurídico; y, cuando lo hacen, se incorporan como un hecho que expresa la voluntad del legislador. Esta forma de entender la normatividad del Derecho implica asumir que solo R1, R2 y R3 se trasladan al método jurídico-aplicativo. Todo el «imperio de la ley» (aunque con fundamentos diferentes según los autores) afirma como corolarios relativos al método jurídico-aplicativo la tesis de la separación fuerte entre Derecho y política, por un lado, y entre Derecho y moral, por otro; es decir, R4 y R5 están excluidos del razonamiento jurídico aplicativo. Y cuando R1, R2 y R3 fracasan y aparecen casos no resueltos, entonces se traslada al aplicador la libertad jurídica (discrecionalidad) propia del legislador dentro del ámbito permitido. Ello es así porque el Derecho (el sistema jurídico) y su racionalidad se agotan en R1, R2 y R3. Desde el imperio de la ley, la inclusión de normas abiertas en la legislación solo puede significar dos cosas: o bien se trata de un defecto de la legislación que traiciona el «modelo de las reglas» que le es propio (mala legislación); o bien se trata de una pura delegación de poder desde el legislador hacia el aplicador del Derecho (el legislador delega su discrecionalidad al aplicador). El «modelo de las reglas» y el «modelo teórico del imperio de ley» presuponen la tesis de la «separación» entre R1, R2 y R3, por un lado, y R4 y R5, por otro. Por ello, la clave de bóveda de la racionalidad jurídica asumida por estos modelos teóricos (el de las reglas y el del imperio de la ley) es la «división de poderes»: la racionalidad de los poderes aplicadores del Derecho se agota en R1, R2 y R3; y entrar en R4 y R5, cuando no se ha delegado poder para ello, es sobrepasar un límite que lleva a los aplicadores del Derecho a jugar ilegítimamente a ser legisladores.

Nótese algo que es muy importante para entender bien los modelos teóricos del «imperio de la ley» y de «las reglas». En ambos modelos se habla de principios jurídicos; y en ambos se distingue también entre principios institucionales y sustantivos. Nosotros mismos hemos definido el imperio de la ley a partir de la asunción de ciertos principios institucionales. El principio de legalidad, el de la división de poderes, el de *lex posterior*, etc. son un breve muestrario de los llamados «principios» vinculados al imperio de la ley. Todos ellos se caracterizan por ser institucionales: configuran y preservan una determinada forma de autoridad legítima y tratan de salvaguardar el valor jurídico institucional (adjetivo) por excelencia: la seguridad jurídica¹⁵. Todos estos principios institucionales definitorios del imperio de la ley cumplen la función

14. Cfr. Bobbio, N: «¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes», en Bobbio, N.: *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, 197 y ss.

15. Para una conceptualización de la seguridad jurídica como valor adjetivo, véase Atienza, M: *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2003.

de desplazar siempre las razones sustantivas, los principios sustantivos. Cumplen la función de encerrar el razonamiento jurídico en R1, R2 y R3 y de excluir del mismo a R4 y R5. Estos principios institucionales –así entendidos– no son ponderables con los principios sustantivos y, en realidad, funcionan como reglas. ¿Qué papel juegan, pues, los principios sustantivos en estos modelos? Los principios sustantivos se extraen a posteriori de las reglas promulgadas: se obtienen por «interpretación teleológica» de las mismas. En este sentido, los principios sustantivos están llamados a cumplir funciones de sistematización (agrupación de reglas en torno a principios) e interpretación (de atribución de significado a reglas preexistentes), pero nunca pueden cumplir funciones normativas: nunca pueden, por ejemplo, justificar el surgimiento de un deber no promulgado previamente. Desde esta perspectiva, los principios quedan normativamente reducidos a (o saturados por) las reglas¹⁶.

Es muy importante darse cuenta de que la variable relevante para que se incorpore esta forma de concebir el Derecho y su método no es tanto no contar con una constitución del constitucionalismo (una constitución rígida que establezca la división de poderes y el reconocimiento de los derechos), cuanto interpretarla únicamente en términos políticos: considerar que la constitución regula únicamente el Derecho político del país en cuestión; que se limita a gestionar y distribuir el poder soberano. Es decir, concebir la constitución de tal manera en que lo único relevante en términos jurídicos sea la parte orgánica de la misma: la división de poderes, la opción por el presidencialismo o el parlamentarismo, la sala de máquinas, la estructura territorial, las distribuciones de competencias, etc. Desde esta perspectiva, las normas sustantivas (la parte dogmática) de las constituciones no son genuinas normas jurídicas, no están llamadas a ser interpretadas jurídicamente: son normas programáticas, directrices, normas ideales, etc. que tienen que ser concretadas exclusivamente por la legislación. Conforme a esta lectura de las constituciones, las únicas normas constitucionales genuinamente jurídicas son las que estructuran el poder político, el llamado tradicionalmente «Derecho político» de un país; y precisamente por ello, se considera que el papel de los tribunales constitucionales es, en esencia, el de guardián de los procedimientos y de las divisiones competenciales. El correlato del modelo jurídico del «imperio de la ley» es, en este sentido, un «constitucionalismo meramente político»,

16. Para ilustrar la cuestión de si un principio queda normativamente reducido a las reglas que lo concretan en un momento determinado recurramos a la antigua doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español sobre las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados que sostenía que dichas causas estaban tasadas: la lista no era ampliable ni restringible. Esta doctrina reducía normativamente el principio de imparcialidad a las reglas de la imparcialidad (las causas de abstención son ejemplos claros de reglas de la imparcialidad: «si el juez tiene interés en el objeto de litigio, entonces obligatorio abstenerse de juzgar»). Esta doctrina del Tribunal Supremo muestra perfectamente la concepción de los principios jurídicos vinculada al imperio de la ley. Naturalmente, como veremos más adelante, «otra forma de entender» los principios es posible.

un constitucionalismo cuya relevancia jurídica gira exclusivamente en torno al llamado «Derecho político»¹⁷.

En mi opinión, el modelo teórico del imperio de la ley y la concepción meramente política de nuestras constituciones explican muy poco de nuestras prácticas jurídicas reales en la actualidad; sin embargo, no pocos juristas insisten en él. Esta insistencia expresa una nostalgia de un pasado que no volverá y acaba desempeñando, me parece, una función ideológica que impide abordar de verdad el desafío teórico que para el Estado de Derecho representa la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.

3.3. El Estado constitucional y el «constitucionalismo jurídico»

El fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos¹⁸ cambia por completo el panorama en los Estados constitucionales que vienen de la tradición legalista del *civil law*¹⁹. El Derecho y el método jurídico cambian y, por tanto, cambia también la teoría del Derecho que trata de dar cuenta de los mismos. Si algo resulta evidente en estos Estados es la crisis del modelo teórico del «imperio de la ley». El «imperio de la ley» deja de ser «el modelo teórico del Estado de Derecho» para pasar a ser un «principio institucional» (muy importante, pero uno de tantos) del Estado constitucional de Derecho. Insistir en ese modelo teórico solo es posible a partir de

17. En el texto «Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución» oponía la concepción «mecánica» a la «normativa», la «procedimentalista» a la «sustantivista», la de «fuente de las fuentes del Derecho» a la de «fuente del Derecho» y la «concepción política» a la «jurídica». Los primeros términos de cada par enfatizan la lectura meramente política de las constituciones; los segundos, la lectura jurídica de las mismas. En Aguiló Regla, J.: «Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución», en *Fragments para una teoría de la constitución*, ob. cit.

18. Escribe R. Guastini [en *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, G. Giappichelli editore, 2006, 239 y ss.]: «En un orden jurídico no constitucionalizado el Derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial [...]); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas» (p. 240).

19. Estos Estados constitucionales cuentan, como todos los demás Estados constitucionales, con una constitución rígida y normativa que asume los parámetros valorativos del constitucionalismo; pero ocurre que vienen de una cultura jurídica legalista. Ello significa que el ideal jurídico y político del Estado de Derecho se ha construido en torno al «imperio de la ley». Cuentan, pues, con una constitución propia de un Estado constitucional, pero vienen de una tradición en la que el razonamiento jurídico ordinario era meramente *sub lege*; nunca quedaba penetrado por argumentos de naturaleza constitucional porque la legislación constituía el umbral jurídico de referencia para el jurista. Estos Estados constitucionales son los que han emprendido en diferentes grados e intensidades un proceso de constitucionalización de sus órdenes jurídicos. Este proceso de constitucionalización no tiene nada de misterioso y es un hecho social perfectamente observable: a medida que los juristas van introduciendo argumentos constitucionales en la resolución de sus casos jurídicos ordinarios, se va produciendo el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

ignorar por completo la realidad de nuestros ordenamientos jurídicos. En un Estado constitucional con un ordenamiento constitucionalizado, el soberano (si es que ahora tiene sentido hablar en estos términos) actúa sometido a la constitución y no solo constituido por la constitución. La constitución deja de interpretarse como un documento jurídico que solo contiene las normas fundamentales del Derecho político de un país. En un ordenamiento constitucionalizado, los derechos y los principios constitucionales han dejado de ser, por un lado, meramente programáticos (políticos) y, por otro, meramente externos al Derecho y a su método (se trata de normas jurídicas llamadas a jugar su papel en todo el orden jurídico). Los fines a perseguir por la legislación ya no pueden entenderse en términos meramente políticos y en oposición al Derecho. Dicho en palabras de Ferrajoli (aunque mis discrepancias con él sean amplísimas), «la constitución incorpora el deber ser de la legislación». En definitiva, el Derecho cambia y, como consecuencia de ello, cambia también la teoría del Derecho que trata de dar cuenta del mismo.

La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos supone el tránsito de un «constitucionalismo meramente político» (el diseño constitucional del Derecho político de un Estado constitucional) a un «constitucionalismo jurídico» (la teoría del Derecho adaptada al ordenamiento jurídico constitucionalizado de un Estado constitucional). Si el constitucionalismo político ha sido un movimiento que aboga por una determinada concepción del Derecho político de un Estado constitucional (división de poderes, representación política, independencia judicial, etc.); el «constitucionalismo jurídico» es un movimiento teórico orientado a la adaptación de la teoría del Derecho a la realidad jurídica política representada por el Estado constitucional de Derecho. Como mínimo, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos supone la apertura del método jurídico tradicional (R1, R2 y R3) a los principios constitucionales (R4). Esto es lo que, de una u otra manera, han venido a reconocer todas las concepciones del positivismo jurídico incluyente en el ámbito en el que nos estamos refiriendo: el «incorporacionismo» es el intento de dar cuenta del hecho de que los fines de la legislación ya no pueden verse como meramente externos al Derecho y a su método.

Quien sea consciente de todo lo anterior, se dará cuenta de hasta qué punto ha sido un disparate teórico haber mezclado el «constitucionalismo jurídico» con ese engendro teórico bautizado como «neoconstitucionalismo». El constitucionalismo jurídico no puede ser «neo» porque nunca hubo un «paleoconstitucionalismo jurídico»; el «neo» solo puede referirse al «constitucionalismo político» que es precisamente a lo que no prestaron atención los inventores de esta expresión tóxica.

3.4. Constitucionalismo de los derechos y postpositivismo

Pero los cambios operados en nuestros ordenamientos jurídicos han ido mucho más allá de lo hasta ahora referido, pues se ha ido internacionalizando un «Derecho

constitucional común» a través de la internacionalización de los derechos humanos y de su reconocimiento «necesario» en el interior de los Estados constitucionales de Derecho: los derechos son, en este sentido, estrictamente indisponibles para los Estados constitucionales de Derecho. Los Estados constitucionales de Derecho presentan una gran variedad de estructuras políticas (de «salas de máquinas»): unos son monarquías y otros, repúblicas; unos, presidencialistas y otros, parlamentarios; unos, federales y otros, unitarios; unos tienen tribunal constitucional (control concentrado de constitucionalidad) y otros, corte suprema (control difuso); unos tienen un régimen electoral mayoritario y otros proporcional y/o ponderado, etc. Naturalmente, dentro de cada una de esas divisiones podríamos hacer múltiples subdivisiones y con todas ellas ilustrar la multiplicidad de formas que puede adoptar el Derecho político de un Estado constitucional de Derecho. Ninguna de estas formas es definitoria del mismo. Lo que sí es definitorio del Estado constitucional de Derecho es el reconocimiento de los derechos y la atribución a los mismos de un papel de fundamentación de las relaciones jurídico-políticas. Los derechos fundamentan tanto las formas de la **autoridad legítima** (derechos vinculados al debido proceso y derechos democráticos de participación política) como algunos contenidos esenciales de **justicia** (derechos de libertad y derechos sociales)²⁰. Es decir, los derechos fundamentan tanto la obligación política de los ciudadanos (el deber de obediencia a la autoridad legítima) como los límites de dicho deber de obediencia (por cuanto fundamentan algunos contenidos jurídicos como necesarios y otros como imposibles). Bien considerado y dicho en palabras de Bobbio, esto supone una novedad histórica que hace que la relación política ya no sea analizable únicamente *ex parte principii* (desde la parte del príncipe, del llamado a mandar, es decir, desde la soberanía), sino fundamentalmente *ex parte populi* (desde la parte del pueblo, los llamados a obedecer, desde los titulares de los derechos). Se mire como se mire, los derechos humanos incorporados a nuestros ordenamientos en la forma de derechos constitucionales y/o fundamentales son exigencias morales necesarias de los Estados constitucionales de Derecho²¹.

20. En otro lugar he sostenido que el «constitucionalismo» (frente al «pseudocostitucionalismo») asume el combate de cuatro males potenciales de toda dominación política y que, para ello, «arma» de manera permanente a los ciudadanos con los derechos. ¿Cuáles son esos males y esos derechos? a) Frente al mal de la arbitrariedad, los derechos vinculados al imperio de la ley y/o al debido proceso. b) Frente al mal del autoritarismo, los derechos de libertad. c) Frente al mal del despotismo, los llamados derechos democráticos y/o de participación política. Y d) frente al mal de la exclusión social, los derechos sociales (y/o de igualdad real o de oportunidades). Aguiló Regla, J.: «En defensa del Estado constitucional de Derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 42, 2019, pág. 87.

21. En términos biográficos, y por sorprendente que pueda resultar, el autor que más me ha influido en términos de la «lectura moral de los derechos» es Francisco Laporta: «El concepto de derechos humanos», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 4, 1987. Por otro lado, es probablemente también el autor de la mejor defensa del imperio de ley de los últimos tiempos, Laporta, F.: *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

Quien sea consciente del alcance de los cambios operados en nuestros sistemas jurídico-políticos no puede sorprenderse demasiado de que el positivismo jurídico haya entrado en crisis como concepción de nuestro Derecho positivo (del Derecho realmente practicado). Lo sorprendente es precisamente lo contrario: la contumacia mostrada por muchos teóricos del Derecho en la defensa de una concepción que simplemente ya no vale. El positivismo jurídico se ha caracterizado por dos tesis esenciales: la tesis de las fuentes sociales del Derecho (el Derecho es social e histórico) y la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. La tesis de las fuentes sociales hoy no sirve para caracterizar una concepción del Derecho diferenciada porque, en realidad, nadie la discute: nadie niega de manera relevante el carácter histórico y social del Derecho positivo. La crisis del positivismo jurídico en nuestras latitudes proviene de su incapacidad teórica para dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas y constitucionales y, en particular, del nuevo papel asumido por los derechos fundamentales; de su incapacidad para tomarse «los derechos en serio»²².

Una parte muy importante del «constitucionalismo jurídico» (el movimiento teórico que trata de construir una teoría del Derecho adaptada a nuestros Estados constitucionales) es postpositivista; se ha desembarazado del «positivismo jurídico» porque considera que, en realidad, opera como un corsé que impide dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas reales: de su método y su racionalidad. A estas alturas, pretender que

22. En otro lugar he escrito: «La estructura del Estado constitucional (y, en particular, la rigidez constitucional y los derechos fundamentales) ha puesto ante los ojos de cualquiera que no quiera dejar de mirar las deficiencias de los presupuestos del positivismo. En este sentido, es sorprendente la «terquedad» teórica y la aversión al cambio que manifiestan muchos autores. En efecto, el «sostenella y no enmendalla» ha abocado al positivismo a enfrentar el desafío que suponen la rigidez constitucional y el reconocimiento de derechos fundamentales con una variedad de respuestas que, además de aclarar poco, implican asumir unos altísimos costes teóricos. Telegrafiamos algunas de estas respuestas: a) La crítica a la rigidez constitucional por elitista y contramayoritaria (Waldron) nos aboca a todos a tener que adoptar el modelo «Westminster» (parlamentarismo sin constitución rígida) para no incurrir en irracionalidad colectiva. b) La consideración de que un derecho es fundamental solo por el hecho de ser universal y estar protegido por la rigidez constitucional (Ferrajoli) convierte a los aceptantes de los derechos fundamentales en sujetos ridículos e irracionales. c) La nostalgia del imperio de la ley y del modelo de las reglas, del «libro de reglas» (Laporta y Schauer) es una pura «pendiente resbaladiza» que impide afrontar con rigor el futuro del Estado de Derecho. d) La crítica radical a la ponderación por ausencia de «ponderómetro» (García Amado) nos desarma a la hora de controlar (y criticar) muchas decisiones de los jueces (constitucionales o no). e) La exacerbación del escepticismo interpretativo dado el carácter abierto de muchas disposiciones constitucionales (Guastini y el llamado «realismo genovés») convierte todas nuestras prácticas en torno a las decisiones de los tribunales constitucionales y los tribunales de derechos humanos en puros sinsentidos. f) El incorporacionismo de las valoraciones por «imperativo (remisión) constitucional» tiene algo de autocontradictorio y de transición inacabada. g) El razonamiento excluyente para determinar el contenido del Derecho combinado con la autorización del uso de razones morales por parte de los jueces (Raz) resulta simplemente incompatible. h) El «aquí no ha pasado nada» destinado a mantener incólume la teoría de los sistemas normativos supone renunciar a hablar del mundo (Bulygin y sus epígonos), etc., etc.» en, Buzón, R. y Garza Onofre, J.J.: «Entrevista a Josep Aguiló», en *La escuela de Alicante de filosofía del Derecho. Argumentación jurídica y postpositivismo*, Tirant lo Blanch, 2022.

el método jurídico aplicativo (es decir, la racionalidad jurídica) se agota en R1, R2 y R3; y que R4 y R5 son extrajurídicas es lo más parecido a un sesgo cognitivo, un prejuicio o un error categorial. La teoría del Derecho actual (el constitucionalismo jurídico) no puede seguir diciendo lo mismo que se construyó para el «imperio de la ley» (principio de legalidad y separación de poderes), como si no hubiera diferencias estructurales y funcionales esenciales entre legislación y constitución y como si los derechos no jugaran ahora un papel de fundamentación. El constitucionalismo jurídico tiene que redefinir las relaciones entre el Derecho, la política y la moral. Carlos S. Nino fue, sin duda, un adelantado al respecto²³.

4. PONDERACIÓN Y LEGISLACIÓN

4.1. Ponderación *contra legem*, *secundum legem* y *praeter legem*

Aceptemos, pues, una verdad de Perogrullo: en el Estado constitucional de Derecho hay fines que la legislación está obligada (jurídicamente) a perseguir. Es decir, que hay bienes jurídicos (sustantivos e institucionales) que la constitución obliga a proteger y/o promover. La formulación normativa de este deber categórico²⁴ de protección y/o promoción es lo que llamamos principios constitucionales (sean derechos o no). Estos fines no son externos al Derecho: son principios constitucionales que han dejado de verse como meramente políticos (programáticos); en definitiva, son principios jurídicos. A este cambio que la historia ha producido en nuestros ordenamientos jurídicos se le ha llamado en infinidad de ocasiones «la juridificación de la política». Y su manifestación más palpable se encuentra en las propias exposiciones de motivos de las leyes. Las leyes se presentan a sí mismas como desarrollos «debidos» de principios constitucionales a partir de necesidades, demandas y/o urgencias sociales. ¿Significa ello el fin de la política y de la libertad legislativa, por un lado, y la consagración de la judicialización de la política, por otro? En absoluto. Es verdad que la legislación se explica fundamentalmente como la formulación de reglas jurídicas que son el producto de la representación de intereses sociales (no espurios ni inconfesables) y de la ponderación de principios constitucionales. Pero ¿en qué se traduce lo anterior para el legislador? En que los principios constitucionales son «mandatos de ponderación». Obligan al legislador a tomar en consideración los bienes jurídicos relevantes a la hora de promulgar una nueva regulación jurídica. El legislador puede sin duda «sacrificar» un bien constitucional para preservar otro, pero no puede simplemente «ignorarlo». Los principios le obligan a ponderar: el legislador debe ponderar los bienes relevantes en relación con el caso genérico que pretende regular. Eso es precisamente lo que

23. Nino, Carlos S.: «Derecho, moral y política», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 14, 1993, págs. 35 y ss.

24. Véase la nota 9.

significa que muchos de los fines perseguidos por la política han pasado a ser internos al Derecho: que, en muchos casos, la política no es libre de determinar si se trata o no de un bien jurídico; otra cosa es el valor que se atribuya a los diferentes bienes jurídicos.

Pero no nos desviemos y regresemos al método jurídico-aplicativo, a las decisiones que toman los jueces ordinarios (no los constitucionales). ¿En qué se traduce este mandato de ponderación dirigido al legislador? Es decir, ¿qué papel juega la ponderación de principios en la aplicación de la ley? Aunque pueda sonar a provocación, no he encontrado mejor estructura para explicarlo que apelar a una antiquísima tripartición que servía para explicar las relaciones entre ley y costumbre: *contra legem*, *secundum legem* y *praeter legem*²⁵. La ponderación *contra legem*, es decir, la ponderación judicial contra la ponderación hecha por el legislador, al igual que ocurría con la costumbre, está prohibida. Si el legislador ha ponderado los bienes jurídicos relevantes, el juez ordinario tiene prohibido ponderar de nuevo. En este caso, le corresponde aceptar la regla dictada por el legislador y aplicarla²⁶. *Contra legem* significa contra la ponderación hecha por la ley, no contra la «letra» de la ley. La ponderación *secundum legem*, al igual que ocurría con la costumbre, es obligatoria para el aplicador del Derecho. Cuando la ley establece cosas tales como «el juez valorará (ponderará) a la luz de las circunstancias del caso», entonces el juez tiene el mandato de ponderar los principios en función de las propiedades relevantes del caso: «el juez debe ponderar». Ya tenemos, pues, ponderaciones prohibidas y ponderaciones obligatorias para el juez. La ponderación «*praeter legem*» es la ponderación en ausencia de ponderación legislativa; es decir, cuando el legislador no ha ponderado algún bien relevante dadas las circunstancias del caso que hay que resolver. Me refiero a las lagunas normativas y a las lagunas axiológicas. En las lagunas normativas, el legislador no ha ponderado porque no ha regulado el caso en cuestión (falta de regulación). En las lagunas axiológicas, el caso ha sido regulado (encaja en el supuesto de hecho de una regla), pero no ha sido ponderado por falta de previsión: aparece una propiedad relevante que no había sido considerada al sopesar los bienes jurídicos en juego. Si bien se considera, el buen aplicador del Derecho únicamente pondera en dos circunstancias: a) cuando el legislador se lo ordena (ponderación *secundum legem*) y b) cuando el legislador, dadas las circunstancias, no ha ponderado debiendo haberlo hecho (ponderación *praeter legem*).

Centrémonos en el último caso que es el que puede resultar problemático. ¿Supone la ponderación *praeter legem* que el juez ejerce de legislador? Sí y no. Sí, si la cuestión se mira solo desde la perspectiva del poder normativo que el juez ejerce (lo que le es posible hacer): el juez tiene poder para introducir una regla (o una excepción a una regla)

25. Al respecto, véase el cap. V: «Fuentes-hecho, costumbre jurídica y normas provenientes de prácticas sociales» del libro Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*, Ariel, Barcelona, 2000.

26. Naturalmente, esto no afecta a las «cuestiones de inconstitucionalidad» o similares.

dentro de las alternativas convencionalmente ofrecidas por el sistema jurídico. No, si la cuestión se mira desde la perspectiva de la racionalidad (justificación) de la decisión que toma. Los argumentos a los que el juez puede recurrir son completamente diferentes de los argumentos típicamente legislativos. Los del juez miran hacia el pasado: giran esencialmente en torno a la idea de coherencia normativa de la nueva regulación con el sistema jurídico preexistente a la decisión. Frente a ello, los argumentos típicamente legislativos apuntan hacia el futuro: giran en torno al cambio de regulación y miran sobre todo hacia las consecuencias²⁷. Naturalmente, si hablamos de método jurídico, de racionalidad de las decisiones judiciales, de justificación del ejercicio de los poderes jurisdiccionales, etc., la respuesta es claramente no: el juez no ejerce de legislador, aunque cree una regla (o una excepción a una regla)²⁸.

Por ello, la idea de laguna jurídica exige a quien la invoca justificar que conforme al sistema jurídico actual (el que preexiste a la decisión) hay una «falta de regulación» (laguna); y ello significa que falta una norma **debida** conforme al sistema jurídico preexistente. Bien mirado, el concepto de laguna jurídica presupone el concepto de «norma debida» en algún sentido. En efecto, el concepto jurídico de laguna tiene una estructura muy semejante a la del concepto jurídico de «omisión» de una acción, pues ambos dependen de la existencia previa de un deber. La omisión de una acción (la falta de acción) presupone que la realización de la acción en cuestión «es debida» en algún sentido. La laguna jurídica (la falta de regla o la falta de excepción a la regla) presupone que la regla o la excepción «son debidas» en el sistema jurídico actual²⁹. Si no nos damos cuenta de ello, y reparamos en los diferentes argumentos a los que el legislador y el juez pueden acudir para justificar la «norma debida», no entenderemos nada relevante de las lagunas jurídicas, ni de las cuestiones de legitimidad de la acción

27. En otro lugar he sostenido que la pretensión de explicar la incorporación de las normas de origen judicial al sistema jurídico desde los esquemas conceptuales propios de las fuentes-acto (el modelo de la legislación y de las normas provenientes de autoridades políticas) constituye un error frecuente. Cualquier explicación satisfactoria de los «precedentes» y de la «jurisprudencia» como fuentes del Derecho pasa por tomar en consideración los componentes justificativos de las decisiones jurisdiccionales. Véase al respecto el cap. VI: «Las normas de origen judicial» del libro Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*, Ariel, Barcelona, 2000.

28. Especialmente relevante, en este sentido, me parece el cap. VII («Cómo evaluar las argumentaciones») de Atienza, M.: *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, 548 y ss. Véase también Atienza, M.: «Diez tesis sobre el razonamiento judicial», en Aguiló Regla, J. y Grandez, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra, Lima 2017.

29. Un tópico compartido por los autores positivistas post-kelsenianos en el tratamiento de las lagunas es que hay una gran diferencia entre las lagunas normativas y las lagunas axiológicas. La razón es clara: en las lagunas normativas, según sostienen, la «identificación» de la laguna no es valorativa (aunque sí su solución); mientras que en las lagunas axiológicas todo es valorativo: tanto la identificación como la solución. La tesis que estoy sosteniendo aquí es precisamente la opuesta: nunca es posible «identificar» una laguna jurídica, sea del tipo que sea, sin hacer valoraciones, sin un juicio «valorativo» de relevancia jurídica del caso no regulado o de la excepción no prevista.

de los jueces (deber de independencia y de imparcialidad) y de los legisladores (deber de representación de intereses sociales)³⁰.

4.2. Principios y valores.

Tal como hemos establecido, los principios constitucionales ordenan la protección y/o la promoción de bienes jurídicos. El recurso al «y/o» es debido a que muchos de ellos hacen las dos cosas. Por ejemplo, el principio de igualdad puede interpretarse tanto protegiendo la igualdad (y justificando el establecimiento de reglas que prohíben acciones discriminatorias) como promoviendo la igualdad de oportunidades, por ejemplo (y, en consecuencia, justificando la implantación de reglas que tratan desigualmente con la finalidad de generar una igualdad de oportunidades). Todas las reglas, al perseguir fines (sean protectores o promocionales) acaban sacrificando también bienes jurídicos. Como mínimo, siempre que se establece una prohibición u obligación de hacer algo se sacrifica la libertad de hacer o no hacer ese algo. Por ello, se dice que toda

30. Al respecto, he escrito en otro lugar: «En el marco de un Estado de Derecho, todos los actores que ejercen un poder público, una competencia (sea de la naturaleza que sea), tienen el deber de someterse al Derecho. Ello quiere decir que entre los criterios de legitimidad de sus decisiones está siempre la idea de cumplir o aplicar el Derecho. La aplicación del Derecho es, pues, un requisito de legitimidad de la actuación de todos los poderes públicos. En consecuencia, el deber de independencia de los jueces tiene que ser algo más y algo distinto que el mero deber de aplicar el Derecho; porque este deber es compartido por todos los actores (órganos) públicos. Entender bien la independencia judicial es oponerla a otros dos grandes criterios de legitimación que operan también en el Estado de Derecho y que están más allá de la mera aplicación del Derecho: la representación y la sujeción. Todos los órganos representativos (políticos) tienen un deber de representación de intereses sociales. Para ellos, la legitimidad de su actuación es una combinación, entre otras cosas, de juicios de legalidad (de aplicación del Derecho) y de representación de intereses sociales legítimos, no espurios. En este sentido, la corrupción, entendida como la promoción de intereses bastardos o inconfesables, es vista como una traición a los portadores de intereses legítimos y, en consecuencia, es una de las principales fuentes de deslegitimación de los órganos representativos. Otros órganos públicos incorporan entre los criterios de legitimidad de su actuación un deber especial de sujeción. Piénsese, por ejemplo, en el grueso de los órganos administrativos. La Administración pública es una estructura jerárquica en la que unos órganos están «sujetos» a las instrucciones de otros órganos superiores. En consecuencia, su legitimidad se construye asimismo en torno a la legalidad de su actuación (aplicación del Derecho), pero también en torno a la sujeción respecto de las instrucciones de los superiores (la «obediencia debida» con todos los límites y matices que quieran hacerse). Pues bien, si tenemos claro lo anterior, estamos en condiciones de entender que el «deber de independencia» de los jueces en un Estado de Derecho se construye (y se entiende) tanto *ad extra* como *ad intra*, en oposición respectivamente a estos otros dos criterios de legitimación recién mencionados. Cuando un juez realiza actos jurisdiccionales tiene prohibido tanto representar «intereses sociales», como someterse a personas (entablar relaciones de sujeción). La independencia judicial supone, en esencia, la negación de la representación y de la sujeción. En este sentido, un juez independiente nunca debe ejercer de político (de representante de intereses sociales) ni de «funcionario» subordinado a sus superiores. El ideal de un juez independiente denota a un juez que decide conforme a Derecho (aplica el Derecho) y que lo hace solo por las razones que el Derecho le suministra», en el prólogo al libro de Rondini, P.: «Organización de la jurisdicción en Chile. Análisis y bases de discusión para un nuevo diseño institucional», Ed. Tirant lo Blanch, 2021.

regla incorpora siempre una ponderación de principios: siempre protege y/o promueve bienes jurídicos y siempre sacrifica como medios bienes jurídicos. En este sentido, la ponderación de principios desemboca inevitablemente en la valoración de los bienes en juego. La determinación de que algo es un bien jurídico es una cuestión normativa, la determinación del «peso» de los principios es una cuestión valorativa. Ello remite a la cuestión de la jerarquía de los principios, de las jerarquías valorativas. Aquí, no voy a detenerme en extenso; solo voy a decir algo que me parece casi una trivialidad. Cuando hablamos de jerarquías de principios desde la perspectiva del aplicador del Derecho, podemos referirnos a tres cuestiones diferentes: jerarquías formales y/o estructurales, jerarquías sustantivas y jerarquía ponderativas.

Para dar cuenta de las jerarquías formales y/o estructurales entre principios hay que retomar lo dicho a propósito de R2, la racionalidad sistemática en el nivel de las disposiciones. El sistema jurídico visto como un sistema estructurado de disposiciones puede establecer perfectamente jerarquías entre principios. Para quien dicta la disposición, la jerarquía establecida es material; para quien la aplica, pasa a ser formal. Un ejemplo claro puede ser el art. 53 de la Constitución española cuando distingue entre diferentes capítulos y secciones a la hora de establecer las garantías de las «libertades y derechos fundamentales»³¹. Además de las jerarquías formales, pueden establecerse también jerarquías materiales entre principios. Estas jerarquías se corresponden con lo que generalmente llamamos –asumiendo la terminología alexiana– «el peso abstracto de los principios». Este peso abstracto es el resultado de una combinación de juicios de coherencia en torno a convenciones interpretativas de los principios y en torno a juicios morales genuinos. Opera un cierto constructivismo jurídico. Por ejemplo, el derecho a la vida pesa más que el derecho al honor. Finalmente, en nuestros ordenamientos hay infinidad de jerarquías ponderativas que presentan grados de abstracción muy diferentes: unas quedan reflejadas en tópicos jurídicos; otras, en reglas jurídicas generales; y otras, finalmente, en soluciones para casos muy concretos. Por ejemplo, en el Derecho español, la intimidad de un personaje público vale (pesa) menos que la intimidad de una persona anónima; o la «autonomía de la voluntad» pesa (vale) más en el Derecho

31. El art 53 C/78 establece:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

civil que en el Derecho mercantil; etc. Otras jerarquías ponderativas son mucho más concretas y son el resultado de ponderar los principios constitucionales con los estados del mundo (las circunstancias del mundo). Por ejemplo, sin la pandemia del covid (y la ausencia de conocimiento sobre el comportamiento del virus), nadie hubiera llegado a sostener que el derecho a la salud podía prevalecer sobre la libertad deambulatoria de los no contagiados³².

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

- 1) Los principios constitucionales son mandatos categóricos de protección y/o promoción de ciertos bienes jurídicos mediante el dictado de reglas.
- 2) Ello significa que muchos de los fines que la legislación persigue son internos al propio Derecho (son jurídicos, no meramente políticos).
- 3) Muchas reglas están orientadas a alcanzar los referidos fines, es decir, a proteger y/o promocionar los bienes jurídicos ordenados; pero al hacerlo, las reglas sacrifican como medios otros bienes jurídicos también ordenados.
- 4) Una regla que sacrifica medios más valiosos que los fines que pretende proteger está en el centro de la irracionalidad legislativa.
- 5) Por ello, el método jurídico presupone que toda regla expresa siempre una ponderación, un juicio de proporcionalidad entre el valor asignado a lo protegido (como fin) y el valor asignado a lo sacrificado (como medio).
- 6) Para el juez ordinario, la ponderación *contra legem* está prohibida; la ponderación *secundum legem* es obligatoria; y la ponderación *praeter legem* solo es aceptable si el juez en cuestión logra justificar la existencia de una laguna legislativa (ya sea normativa o axiológica).
- 7) La ponderación de principios, tanto si la hace el legislador, como si la hace un juez, desemboca en la formulación de una regla que resuelve el caso genérico abordado. Es decir, tras ponderar se crea una regla que no existía.
- 8) La gran diferencia entre la ponderación legislativa y la judicial radica en las razones que pueden usarse para justificar una y otra. Los argumentos típicamente legislativos

32. Aunque he advertido que no iba a tratar las cuestiones de «justicia constitucional», no puedo callar algo que creo que no se debe dejar de repetir por el «escándalo jurídico» que supone: la sentencia del Tribunal constitucional español relativa al primer estado de alarma a propósito del covid es un contramodelo de buena sentencia constitucional. En efecto, se trata de un verdadero despropósito. Por un lado, el formalismo que muestra la mayoría del Tribunal le incapacita para abordar los juicios valorativos (ponderativos) genuinos que la sentencia obviamente requería. En su lugar, la sentencia se embarca en una estúpida discusión semántica entre «limitación de derechos» (supuesto género) y «suspensión de derechos» (supuesta especie). Y, por otro, el activismo desaforado de los magistrados de la mayoría les lleva a aniquilar las jerarquías formales relevantes; entre otras cosas, ignorando las previsiones establecidas por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Se mire como se mire, una pésima sentencia.

apuntan centralmente hacia el futuro: giran en torno al cambio de regulación y miran sobre todo hacia las consecuencias. Los del juez se centran principalmente en el sistema jurídico existente: giran en torno a la idea de coherencia normativa entre la nueva regla que se pretende introducir y el sistema jurídico anterior, el que preexiste a la decisión.

9) Si se acepta que en el Estado constitucional de Derecho hay fines internos que se le imponen al legislador, carece de sentido oponerse a la ponderación de principios constitucionales. Otra cosa es oponerse a esta o aquella ponderación hecha por el legislador (cuestión política) o por un juez (cuestión jurídica).

10. Ponderar es valorar.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J.: En defensa del Estado constitucional de Derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 42, 2019.
- AGUILÓ REGLA, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- AGUILÓ REGLA, J.: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1995.
- AGUILÓ REGLA, J.; ATIENZA, M.; y RUIZ MANERO, J.: *Fragments para una teoría de la constitución*, Iustel, Madrid, 2007.
- ALEX, R: *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.
- ATIENZA, M.: *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- ATIENZA, M.: *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Madrid, Civitas, 1989.
- ATIENZA, M.: *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2003.
- ATIENZA, M.: «Diez tesis sobre el razonamiento judicial», en Aguiló Regla, J. y Grandez, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra, Lima, 2017.
- BOBBIO, N: «¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?» en Bobbio, N.: *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985.
- BUZÓN, R.: «Introducción al pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 2023.
- BUZÓN, R. y GARZA ONOFRE, J.J.: *La escuela de Alicante de filosofía del Derecho. Argumentación jurídica y postpositivismo*, Tirant lo Blanch, 2022.
- CEVALLOS, D.: *El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2022.
- GARCÍA AMADO, J.A. y GIORGIO DALLA BARBA, R.: (ed.): *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*, Palestra, 2022.
- GUASTINI, R: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, G. Giappichelli editore, Turín, 2006.
- LAPORTA, F: *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LAPORTA, F: «El concepto de derechos humanos», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 4, 1987.
- LIFANTE VIDAL, I.: *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*, Palestra, Lima, 2021.
- MERTON, R.K.: «Social Structure and Anomie», *American Sociological Review*, vol. 3, n. 5, 1938.

- NASCIMENTO, R.S.: «El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 46, 2023.
- NINO, C. S.: «Derecho, moral y política», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14, 1993.
- ORTEGA Y GASSET, J.: «Comentario al ‘Banquete’ de Platón», en *Misión del Bibliotecario*, Revista de Occidente (col. El arquero), Madrid, 1962
- PÉREZ LLEDÓ, J.A.: «Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 23, 2000.
- RONDINI, P.: «*Organización de la jurisdicción en Chile. Análisis y bases de discusión para un nuevo diseño institucional*», Tirant lo Blanch, 2021.
- SCHAUER, F.: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VON WRIGHT, G.H.: *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.

