

Crónica de una guerra encubierta:  
los derechos fundamentales derrotados<sup>1</sup>

*Chronicle of a covert war:  
fundamental rights defeated*

SONIA ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE  
Universidad de Santiago de Compostela

**RESUMEN**

*El debate entre el positivismo legalista y el neoconstitucionalismo no es nuevo, pero tampoco se puede considerar superado. El presente trabajo intenta contribuir al mismo alineándose del lado del positivismo legalista como una teoría que permite defender en mayor medida el principio de imperio de la ley y, en última instancia, la libertad humana. Para ello se propone el abandono del uso de determinados términos que ponen en peligro los mencionados principios.*

*Palabras clave: derechos fundamentales, principios, reglas, positivismo legalista, neoconstitucionalismo, derrotabilidad, ponderación.*

**ABSTRACT**

*The debate between statutory-based positivism and neoconstitutionalism is not new, but neither can it be considered superseded. This paper attempts to*

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO-Retos de la Sociedad 2016 «Conflictos de Derechos y producción normativa» (Acrónimo PRONORM), DER2016-74898-C2-2-R, dirigido por Pablo Raúl Bonorino Ramírez.

*contribute to such debate on the side of statutory-based positivism as a theory that allows us to defend to a greater extent the principle of the rule of law and, ultimately, human freedom. To this end, the paper suggests we should abandon the use of certain terms that endanger these principles.*

Keywords: *fundamental rights, principles, rules, legalistic positivism, neoconstitutionalism, defeasibility, balancing.*

No he escatimado dramatismo en el título, sobre todo por la utilización de la palabra guerra. Mi intención era, y espero haber conseguido mi objetivo, despertar la atención del lector. Y, de paso, desvelar ya desde un principio uno de los objetivos, cierto que instrumental, que me propongo con mi trabajo, y que es el de poner en evidencia que el uso de las palabras y del lenguaje en general no es aséptico ni inocente, sino que encierra intenciones e ideologías.

Y es que, en los últimos veinte o veinticinco años, esto es, transcurrido ya un tiempo desde la aprobación de los textos constitucionales en la vieja Europa, y más de 70 desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, hemos asistido, en el ámbito jurídico, sobre todo en los países de derecho continental, pero no solo, a un proceso de invasión e incursión (y seguimos con la terminología bélica) y generalización en el uso de una serie de términos jurídicos. Veamos cuáles:

- Neoconstitucionalismo.
- Principios, en oposición a reglas.
- Ponderación.
- Derrotabilidad<sup>2</sup>.
- Positivism jurídico incluyente (Incorporacionismo) o Postpositivismo. Proceso éste que ha ido acompañado de una paulatina relegación en el uso de otros términos que en su día se consideraron auténticas conquistas del Estado de Derecho: Verbigracia:
  - Legalidad o Imperio de la Ley.
  - Regla.
  - Subsunción.
  - Positivism jurídico (a secas).

Mi principal objetivo será someter a crítica tal proceso, resucitando el espíritu de una obra de Piero Calamandrei, que escribió en el año 1944 y que tituló *Sin legalidad no hay libertad*<sup>3</sup>. Y, con ello, continuar contribuyendo a la lucha en defensa del imperio de la ley, personificada en nuestro país principalmente, aunque por supuesto no en exclusiva, por el prof. Franciso Laporta<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Utilizo esta palabra, a pesar de que no la reconoce el DRAE, por pertenecer al lenguaje usual de los teóricos del Derecho.

<sup>3</sup> CALAMANDREI, P., *Sin legalidad no hay libertad*, trad. y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2016.

<sup>4</sup> *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007. En una recensión a esta obra, Manuel Atienza escribe sobre la preferencia de Laporta entre los pares de

Como ven, por tanto, no voy a decir casi nada que no se haya dicho ya, y seguro que mejor que lo haré yo, pero que sigue siendo necesario repetir porque, desde mi modesto punto de vista, el imperio de la ley continúa estando en peligro.

Mi posicionamiento parte, por supuesto, de una cierta ideología. Estoy convencida de que el proceso que someramente he descrito no es conveniente para el Estado de Derecho. Y es que mantener una determinada concepción de los derechos fundamentales como principios derrotables, que también pueden derrotar reglas; o defender que los conflictos entre ellos se deben resolver a través de la casuística de la ponderación, son propuestas que responden, a su vez, a una concreta ideología que no es, desde luego, la que me propongo defender<sup>5</sup>.

Y voy a criticar tal proceso, en segundo lugar, porque creo que muchos de los autores que se alinean a favor del mismo, incurren en algunos equívocos teóricos de los que intentaré dar cuenta: el primero, y uno de los más importantes a mi modo de ver: cuando hablamos de Constitución como texto que incluye derechos fundamentales nos seguimos moviendo en el ámbito de la Legalidad. Y es que, haciendo abstracción de la normativa supranacional, nuestra legalidad actual tiene en su cima legalidad constitucional, esto es innegable, pero legalidad, al fin y al cabo. El segundo, el equívoco existente en torno al concepto de conflicto normativo, sobre el que volveré más adelante.

Si nos preguntamos por las causas que nos han conducido hasta donde estamos, debemos hablar de dos autores. Por un lado, Ronald Dworkin<sup>6</sup> y por otro, Robert Alexy<sup>7</sup>. Dworkin puso de

---

conceptos descritos: «En su método expositivo juega un papel destacado una serie de contraposiciones más o menos clásicas del pensamiento jurídico: normativismo frente a decisionismo, reglas frente a principios, ley frente a constitución, subsunción frente a ponderación, positivismo frente a constitucionalismo, interpretación literal frente a interpretación teleológica y valorativa, etcétera. Laporta no es proclive a intentar algo así como una síntesis superadora, sino que el *leit motiv* de su obra consiste más bien en resaltar el valor profundo que subyace a cada uno de los conceptos que aparecen en primer lugar en cada diada y en combatir la tendencia contraria (a subestimar ese valor o a poner excesivamente el énfasis en los otros conceptos de cada par)»: ATIENZA, M., «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 39, octubre 2009, pp. 205-223, pp. 206-207. Recensión aparecida con anterioridad en *Derecho PUCP* (Pontificia Universidad Católica del Perú). *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 61, 2008, pp. 307-326.

<sup>5</sup> Laporta lo expresa de forma muy clara: «(...) no es la aparición de la Constitución lo que cambia la teoría, sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la Constitución». *Ibidem*, p. 218.

<sup>6</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, (1.ª ed., 5.ª reimp.), Trad. Marta Guastavino, título original *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1977.

<sup>7</sup> ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002 (tercera reimp.), trad. Ernesto Garzón Val-

manifiesto la incapacidad del positivismo jurídico para dar cuenta de un tipo de normas, distintas a las reglas y que, a su juicio también forman parte del ordenamiento jurídico: los principios, que debían ser identificados, además, por los aplicadores del Derecho, de un modo sustancialmente distinto a las reglas. Defiende Dworkin también una concepción del Derecho en continua construcción, un producto que siempre está «haciéndose» y, que a pesar de ello, es capaz de ofrecer la única respuesta correcta para cada supuesto que se plantee.

Es conveniente resaltar un dato que casi siempre se olvida: Ronald Dworkin habla de y para un sistema de *common law*, con lo cual importar su teoría, en bloque y sin matices a nuestro sistema, es cuando menos discutible; advertencia ésta que no sería aplicable a Robert Alexy cuya obra ha tenido y tiene gran predicamento, no solo en la vieja Europa, sino, sobre todo, en América Latina<sup>8</sup>.

Como diagnóstico, a brocha gorda, de la situación actual podemos encontrarnos con dos bandos doctrinales principales. Por un lado, el de los neoconstitucionalistas pro-ponderación y, por otro, el de los legalistas (en el sentido de que para ellos la Constitución es legalidad) contrarios a la ponderación y defensores de la subsunción.

Ambos bandos parten de planteamientos distintos en cuestiones nucleares como son:

- La concepción del Derecho,
- La concepción del Estado Constitucional y el papel de la Constitución como fuente de fuentes.
- Las relaciones entre Derecho y Moral y
- El papel de los aplicadores del Derecho en general y, en particular, del órgano llamado a interpretar de manera concluyente los contenidos constitucionales, en nuestro caso el Tribunal Constitucional.

Para los primeros la aprobación de los textos constitucionales a partir del fin de la segunda guerra mundial supuso un cambio del paradigma normativo existente hasta entonces, y la necesidad de interpretar los derechos fundamentales incorporados a las Constituciones de manera distinta a como se habían interpretado las normas hasta ese momento. Esto es, la necesidad de llevar a cabo una labor de ponderación.

---

dés (título original *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986); por supuesto que en ese origen podemos encontrar a otros autores como NINO, C., *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994; *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996 (7.<sup>a</sup> ed.), o ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2007 (7.<sup>a</sup> ed.), con todo, es innegable que la influencia de Dworkin o Alexy ha sido mucho mayor.

<sup>8</sup> Una síntesis muy clarificadora sobre la situación de la Filosofía del Derecho de América Latina puede verse en VÁZQUEZ, R., «Filosofía del Derecho en Latinoamérica», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 833-856.

Además, las normas, sustancialmente los principios, y los derechos fundamentales son considerados por ellos principios, son derrotables, es decir, siempre existe la posibilidad de que una nueva excepción, que incluso puede ser implícita, conduzca a su inaplicación.

Para los segundos, ni es necesario, ni conveniente, trazar esta distinción de momentos pre y post constitucional. Entienden que los derechos fundamentales incorporados a la Constitución se interpretan para trazar sus contenidos y límites, como se hace con cualquier norma, y se aplican utilizando la subsunción<sup>9</sup>.

Con una brocha un poco más fina, deberíamos dar cuenta de una vía doctrinal intermedia, la del constitucionalismo iuspositivista y garantista, representado por Luigi Ferrajoli<sup>10</sup>, que a pesar de no ser

---

<sup>9</sup> Laporta niega ese cambio de paradigma supuestamente provocado por la aprobación de los textos constitucionales: «A mí lo que me es difícil de aceptar es eso que tú registras como expresión muy usual en estos tiempos: nos hallamos, se dice, ante un nuevo «paradigma», ante una nueva forma de ver el derecho que no tiene que ver con lo anterior. Y más difícil de aceptar, desde luego, si usamos con cierta precisión esa expresión de Kuhn, “paradigma”. Esto ya me parecen palabras mayores y, creo, innecesarias. No veo la Constitución y su inserción en el ordenamiento como algo que altere sustancialmente la teoría del derecho que se ha venido construyendo a lo largo del siglo xx bajo la inspiración del positivismo. Por supuesto que la Constitución introduce ingredientes nuevos que son importantes, sobre todo si se subrayan algunos rasgos como la rigidez, el especial lenguaje de valores y principios, o la aplicabilidad directa, pero no creo que ello dé lugar a una diferencia cualitativa y sustancial entre las teorías que han dado cuenta de las relaciones entre la ley y el reglamento, por ejemplo, y los enfoques nuevos que abordan la relación entre la constitución y la ley. A veces parece que la Constitución ha venido poco menos que a inventar el lenguaje y el derecho. Y esto me parece más bien producto de un énfasis en la norma constitucional quizás bien intencionado, pero equivocado. Desde la óptica teórica de mi libro, el constitucionalismo es importante, pero no es sino una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional. Nada más y nada menos»: ATIENZA, M., «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *op. cit.*, p. 209.

<sup>10</sup> Ferrajoli se sitúa claramente en contra de la posición neoconstitucionalista: «Así pues, este constitucionalismo principialista y argumentativo, de clara matriz anglosajona, se caracteriza, por un lado, por el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; luego, por la tesis de que los derechos constitucionalmente establecidos no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción; y, en fin, por la consiguiente concepción del Derecho como una «práctica social» confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces. Bajo este último aspecto, puede registrarse una singular convergencia del constitucionalismo principialista o argumentativo con el realismo y también con el que podríamos denominar «neo-pandectismo», en cuanto minan la normatividad del Derecho en relación con los operadores jurídicos. En efecto, pues, según estas tres orientaciones, el Derecho es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos, y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 15-53, p. 23. Y considera su propia teoría, constitucionalismo garantista, como un iuspositivismo reforzado: «El primer iuspositivismo del Estado legislativo de Derecho equivale a la positivización del «ser» legal del Derecho, que permite la democratización de sus formas de producción, condicionando su validez formal a su carácter representativo, sobre el que se funda

identificable con ninguno de los polos creo que se inclina más hacia la posición positivista pro-subsunción<sup>11</sup>.

En el seno de la doctrina española es célebre la polémica, que ha llegado casi a límites exacerbados, entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, representante del constitucionalismo y pro-ponderación el primero y del legalismo el segundo<sup>12</sup>.

En un ámbito más amplio, que incluiría la doctrina latinoamericana, sin ánimo de exhaustividad<sup>13</sup> señalaré algunos nombres. Del bando constitucionalista por supuesto, además de Atienza<sup>14</sup>, nos encontramos en los orígenes de esta ideología a Carlos Nino, y más recientemente a Ruiz Manero<sup>15</sup>, García Figueroa<sup>16</sup>, a Bayón

---

la dimensión *formal* de la democracia política. El segundo iuspositivismo, que es el del Estado constitucional de Derecho, equivale a la positivización del «deber ser» constitucional del Derecho mismo, que permite la democratización de sus contenidos, condicionando su validez sustancial a su coherencia con los derechos de todos que son los derechos fundamentales, en los que se funda la dimensión sustancial de la democracia constitucional»: *ibidem*, pp. 24-25.

<sup>11</sup> «Por tanto, el constitucionalismo positivista y garantista se diferencia del constitucionalismo no-positivista y/o principialista por el rechazo de sus tres elementos caracterizadores: a) la conexión entre Derecho y moral; b) la contraposición entre principios y reglas y la centralidad asignada a su distinción cualitativa; c) el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional. Son estos tres elementos los que someteré ahora a análisis, señalando otros tantos riesgos conectados con ellos: a) una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitvismo ético; b) el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; c) el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del Derecho, que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *ibidem*, p. 28.

<sup>12</sup> *Vid.*, entre otros trabajos, ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J. A., *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012.

<sup>13</sup> La lista de autores que ofrezco no es exhaustiva: no están todos los que son, pero sí espero que sean todos los que están. El trabajo que ahora se presenta pretende ser el germen de una futura monografía que me permita aumentar el zoom de la imagen y ofrecer una lista lo más completa posible de los autores que se alinean en cada uno de los bandos descritos.

<sup>14</sup> ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 2004 (2.ª ed. actualizada; 1.ª ed. 1996); ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000; ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., «La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico», *TEORDER. Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 5, 2009, pp. 102-127.

<sup>15</sup> «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, «soluciones en abstracto» y «ponderaciones equitativas», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 819-832; «Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Centro de Estudios Constitucionales), núm. 1 (1), 2015, pp. 119-135.

<sup>16</sup> *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

Mohino (teorizando sobre la derrotabilidad)<sup>17</sup>, a Josep Aguiló Regla<sup>18</sup> y Ángeles Ródenas<sup>19</sup>.

Por su parte, del bando legalista pro-subsunción podríamos citar, además de García Amado<sup>20</sup> a Francisco Laporta (como ya he señalado)<sup>21</sup>, Andrés Ollero<sup>22</sup>, Jordi Ferrer Beltrán (en alguna ocasión ha dicho que el neo constitucionalismo es la octava plaga bíblica, pernicioso y dañina<sup>23</sup>), David Martínez Zorrilla<sup>24</sup>, Jorge Rodríguez y Germán Súcar (en debate con Bayón)<sup>25</sup>, y Joaquín Rodríguez-Toubes<sup>26</sup>; sin olvidarnos de algunos constitucionalistas que han venido a arrimar el hombro como son Ignacio de Otto y Pardo<sup>27</sup> y Javier Jiménez Campo<sup>28</sup>.

Y también es preciso mencionar a dos autores, que han contribuido enormemente a enriquecer el debate, pero de los que no tengo claro en

<sup>17</sup> «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 13, octubre 2000, pp. 87-117.

<sup>18</sup> *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000; «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 55-71.

<sup>19</sup> *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

<sup>20</sup> «¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación», *Revista Iberoamericana de argumentación*, núm. 13, 2016, 22 pp.; «Comentarios sobre los textos de Atienza, García Figueroa y Ferrajoli», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, pp. 121-129.

<sup>21</sup> Hay autores que plantean dudas sobre la adscripción de este autor al bando positivista apelando a su trabajo «Sobre el concepto de derechos humanos», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, pp. 23-46. En todo caso, tal adscripción no es discutible si nos fijamos en el pensamiento actual del autor.

<sup>22</sup> OLLERO TASSARA, A., *El Derecho en teoría: perplejidades jurídicas para crédulos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

<sup>23</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=7196x-8HE0c>: Conferencias: «¿Tiene fundamento el neoconstitucionalismo?».

<sup>24</sup> *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

<sup>25</sup> «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21 II, 1998, pp. 403-420.

<sup>26</sup> *Principios, fines y derechos fundamentales*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000. La adscripción de este autor al bando positivista es discutida por Alfonso García Figueroa, «La otra posición intermedia, M3, también ha sido defendida. Por ejemplo, en nuestro país cabría destacar los planteamientos de Joaquín Rodríguez-Toubes, un no-positivista que cree que los derechos fundamentales funcionan como reglas»: GARCÍA FIGUEROA, A. «Neoconstitucionalismo. Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 121-137, p. 129.

<sup>27</sup> MARTÍN-RETORTILLO, L., DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992 (Reimp. 1.ª ed. 1988).

<sup>28</sup> *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

defensa de qué causa se unen. Me refiero a Luis Prieto Sanchís<sup>29</sup> y Josep Joan Moreso<sup>30</sup>.

Pues bien, una vez descrito el campo de batalla, vayamos con el botín. Y es que es necesario analizar esos nuevos conceptos incorporados al lenguaje jurídico por el constitucionalismo y neoconstitucionalismo: En concreto, me centraré en los conceptos derrotabilidad (y al hilo de ésta, conflicto normativo), ponderación y las nuevas relaciones establecidas por el neoconstitucionalismo entre Derecho y Moral.

Empecemos por el concepto derrotabilidad. La mayor parte de los autores constitucionalistas pro-ponderación, defiende la distinción entre principios y reglas. Los derechos fundamentales constitucionales serían principios, como ya he dicho. La diferencia esencial entre ambos tipos de normas sería que las reglas determinan con carácter exhaustivo tanto los supuestos de hecho a los que se aplican como las excepciones a su aplicación, y, por tanto, no serían derrotables o, si se admite su derrotabilidad, desde luego se hace con carácter excepcional.

En cambio, los principios son esencialmente derrotables. Y recordemos: los derechos fundamentales se consideran principios; y esto merece ya un primer comentario. Resulta cuanto menos paradójico que los llamados derechos fundamentales incorporados al texto situado en la cumbre de la pirámide normativa precisamente por su carácter de fundamentales, se consideren «esencialmente derrotables».

Para la facción constitucionalista pro-ponderación entre los derechos fundamentales pueden producirse conflictos; conflictos que no se pueden solventar con los clásicos procedimientos de resolución de antinomias: no puede aplicarse el criterio jerárquico, porque todos están situados en el mismo nivel normativo; tampoco el criterio cronológico, puesto que todos fueron aprobados en el mismo momento; ni el de especialidad, porque todos son ley general.

Por otro lado, estos autores coinciden en afirmar que los conflictos entre derechos fundamentales se aprecian en el momento aplicativo, no antes. Me interesa resaltar este rasgo, y que se deben resolver caso a caso a través de la ponderación, lo cual ha llevado a algunos autores a concluir que lo que en realidad se pondera no son los principios en juego, sino las circunstancias de hecho presentes en cada caso, que con-

---

<sup>29</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997. A juicio de García Figueroa, «Prieto se nos revela como un constitucionalista que defiende un positivismo severo, pero al mismo tiempo principialista, por cuanto no renuncia a la concepción de los derechos fundamentales como principios ni a la ponderación como método de su aplicación»: GARCÍA FIGUEROA, A., «Neoconstitucionalismo. Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli», *ibidem*.

<sup>30</sup> MORESO, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997.

ducen a aplicar una norma u otra; exactamente lo mismo que se hace con las reglas. Es lo que mantiene, por ejemplo, Ferrajoli<sup>31</sup>.

Con todo, Alexy y otros autores, conceden que a través de ese proceso ponderativo podemos extraer una regla de prevalencia que podrá servir *pro futuro*, para casos semejantes.

Pues bien, en torno al concepto de conflicto normativo en general, y conflicto entre derechos fundamentales en particular, desde mi punto de vista existe un equívoco teórico, como adelantaba antes; equívoco cuya existencia se intuye en la obra de algún autor, pero que no he encontrado manifestado de forma clara, con lo cual deduzco que lo que ocurre en realidad es que, quien escribe estas líneas es quien se equivoca. A pesar de lo cual, no me resisto a plantearlo.

Para abordar este equívoco puede resultarnos de gran ayuda la distinción entre disposición normativa y norma. Desde mi punto de vista los conflictos normativos, esto es, entre normas, no existen, son realidades que, simplemente, no están en el mundo. Los conflictos reales, los que sí existen y están en el mundo, son los conflictos entre disposiciones jurídicas que pugnan por acoger en su supuesto de hecho posiciones fácticas o situaciones de hecho, que son los que, precisamente, están llamados a ser resueltos por las normas.

En cierto sentido, se podría decir que la doctrina ha concentrado toda su atención en el derecho (derecho constitucional en este caso) en sentido objetivo, y se ha olvidado del derecho en sentido subjetivo que, como sabemos, se identifica con los poderes de actuación que una persona tiene. La norma resuelve el conflicto entre, al menos, dos expectativas de legitimidad, que desean ser avaladas por el derecho. Si no lo

---

<sup>31</sup> «Tengo la impresión de que en la base de esta concepción de la ponderación como elección del principio de más peso, es decir más justo o más importante, que debe ser aplicado en lugar de otros, existe un equívoco que se refiere al objeto de la ponderación misma. Esta opción, se afirma, se produce siempre ocasionalmente en relación con el *caso concreto* sometido a juicio. “Bajo otras circunstancias”, afirma por ejemplo Alexy, “la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se sostiene que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”. En consecuencia, debemos preguntarnos si, quizás, lo ponderado por los jueces “en los casos concretos” no son los principios, sino, más bien, las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación. Es claro que desde este punto de vista no cabe apreciar diferencias de carácter epistemológico entre la argumentación constitucional según principios y la argumentación ordinaria conforme a reglas: la ponderación se produce en cualquier actividad jurisdiccional donde se dé el concurso de varias normas diversas, sean reglas o principios. Pero tiene por objeto no las normas a aplicar, sino, antes bien, 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»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *op. cit.*, pp. 47-48.

hace así, algo habremos hecho mal al configurar esa norma, porque solo una de expectativas debe estar legitimada por el derecho.

En el ya clásico ejemplo del «conflicto» entre derecho al honor y derecho a la libertad de expresión, la auténtica lucha se produce, no entre los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, sino entre la expectativa de una parte, normalmente la demandante, que entiende que la parte a la que demanda ha atentado contra su honor e invoca el artículo 18, y la expectativa del demandado convencido de que la misma está avalada por el artículo 20: conflicto entre pretensiones de legitimidad de la propia posición fáctica.

Un conflicto en concreto no es, pues, un conflicto normativo, sino un conflicto entre disposiciones jurídicas: una vez interpretadas éstas, el supuesto conflicto se diluye. Y ésta es la confusión teórica que creo se produce en el seno de la doctrina en general, pero más en el ámbito de la doctrina neoconstitucionalista pro-ponderación.

Ellos definen los conflictos como aquellos en los que no es posible (por parte del agente) comportarse de acuerdo con lo que ordenan dos normas del sistema. Veámoslo aplicado a un ejemplo concreto. Supongamos que me extralimito en el ejercicio de mi derecho a la libertad de expresión profiriendo insultos contra alguien, acción que no está amparada por ese derecho, y que atenta contra el honor de la persona a la que van dirigidos: en ese caso no estoy contraviniendo solo el artículo 18 de la Constitución, sino también el 20: una vez interpretados estos artículos, llegamos a la conclusión de que mi acción no se recoge entre los supuestos de hecho (en el universo de casos, que diría Moreso<sup>32</sup>) de ninguna de las dos normas. No es una excepción establecida por el artículo 18 a la protección del derecho al honor; y no entra tampoco en el universo de casos de la libertad de expresión.

Decía antes que hay autores en los que se intuye esta posición cuando hablan de la existencia de «antinomias en concreto»; aunque hay que reconocer que la gran mayoría hablan de antinomias en abstracto como auténticas inconsistencias lógicas, definiéndolas como aquellas situaciones en las que la realización de la conducta está simultáneamente permitida y prohibida. Y en esto discrepo. La conducta está, desde mi punto de vista, prohibida por ambas normas.

Por lo tanto, entiendo que hay posiciones de poder concreto lícitas e ilícitas. Y ello con independencia de que el universo de casos (UC) pueda ir variando a lo largo del tiempo: debido a desarrollos legislativos o, ante la ausencia de concreción legislativa, debido a los cambios en la interpretación jurisprudencial que, en todo caso, deberá seguir su propio precedente mientras que no encuentre razones de peso para modificarlo.

---

<sup>32</sup> MORESO, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 172: «A partir de este universo de propiedades relevantes se genera un universo de casos (UC) relevante. Estos casos (genéricos) deben ser caracterizados de forma que puedan tener como instancias determinados casos individuales».

Por ello, sobre el concepto «derrotabilidad», entiendo que una norma no derrota a otra, sino que una posición jurídica es legítima o no lo es. ¿Es que la norma que regula el homicidio sale derrotada cuando se aplica legítima defensa? Por supuesto que no. Simplemente que una situación en que se mata por legítima defensa no entra en el supuesto de hecho de la norma (no disposición normativa) reguladora del homicidio. No es que en un principio (en T1) se aplicase la norma del homicidio y más tarde (en T2) se decidiese derrotarla. No. Nunca fue aplicable.

Cuando decimos que las antinomias se resuelven por los clásicos criterios cronológico, jerárquico y de especialidad en realidad estamos hablando de normas cuyo ámbito de aplicación (temporal, espacial, material o personal) son distintos. Cambia el universo de casos a los que se aplican. Ergo: no existe conflicto entre esas normas.

Prueba de que los conflictos se producen entre expectativas que pretenden ser, ambas, posiciones jurídicas legítimas, ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, entre disposiciones normativas y no entre normas, es la existencia en el seno de nuestro propio texto constitucional de dos disposiciones que llevan ahí, sin luchar entre sí, ni dar ningún tipo de problema, desde 1978: me refiero al artículo 14 (que consagra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por, entre otras razones, el sexo) y el 57.1, que regula la sucesión a la corona y que dispone que «La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos».

Desde luego, la preferencia del varón sobre la mujer no se puede fundar, en este caso, en el 9.2 de la Constitución en el que se regula la necesidad de que la igualdad sea real y efectiva, y que sirve de fundamento a la discriminación inversa o positiva: no se trata de compensar una situación de discriminación histórica sufrida por los varones borbones en la sucesión al trono en España.

La necesidad de afrontar realmente el problema hubiese surgido si en el momento en que abdicó el Rey Juan Carlos I, la infanta Elena hubiese reclamado el trono para sí frente a la pretensión del príncipe Felipe; pero lamentablemente no se dio el caso. Si se hubiese dado, habría surgido la necesidad de interpretar ambas disposiciones para llegar al establecimiento de, ahora sí, las normas: y se podría llegar a la conclusión de que la sucesión al trono no se encuentra entre el universo de casos a los que aplicar la prohibición de discriminación por razón de sexo, que es Ley especial frente al artículo 14. Sabemos que el TC fundó la excepción a la no discriminación en el Derecho histórico.

Lo confieso: soy positivista y ahora me pueden decir que obviamente mi opinión sobre la derrotabilidad es coherente con tal credo. Y así es.

Desde una posición tal, las normas no son nunca condicionales derrotables, sino condicionales estrictos. Porque desde mi punto de vista una norma con un condicional derrotable no es una auténtica norma. Se podría llegar a decir que el concepto «norma derrotable» es una *contradictio in terminis* porque la derrotabilidad conduce a la anomía. Y es que una norma derrotable no sirve para justificar ninguna decisión judicial. El destinatario de la norma siempre puede llegar a pensar que en su caso se hará una excepción, por lo que el concepto de obligatoriedad se desvanece; y el aplicador siempre se preguntará si en ese caso no habrá una excepción a la aplicación de la norma: si no, tendrá que derrotarla.

La visión positivista del Derecho, defensora de la tesis de las fuentes sociales, parte de que es posible identificar todas las disposiciones jurídicas vigentes de un sistema. Y una vez identificadas, es necesario interpretar tales disposiciones normativas con el fin de obtener normas, entendidas como condicionales estrictos.

Es cierto también que la reconstrucción de tales condicionales puede ser muy trabajosa porque puede suceder, y ocurre con cierta frecuencia, que la identificación de la norma completa nos obligue a un análisis de otras muchas disposiciones. Y por eso hay autores que opinan que tal operación es desde un punto de vista pragmático, una tarea ardua, fatigosa. Pero ¿qué sería de la vida sin trabajo?<sup>33</sup> Pero, en todo caso, hablamos de derrotabilidad epistémica, en palabras de Laporta, fácilmente subsanable aumentando nuestro conocimiento del ordenamiento jurídico. Así que, mejor no utilizar el término «derrotabilidad»<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ, J., «La derrotabilidad de las normas jurídicas», en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, p. 99: «cualquier formulación normativa podría considerarse derrotable en virtud de consideraciones ulteriores fundadas en la interpretación que quepa atribuir a las restantes formulaciones del sistema. Pero esto no es más que señalar que la interpretación es un proceso que se desenvuelve en el tiempo, en cuyo transcurso podemos adquirir mayor información que obligue a revisar lo hecho hasta entonces, y que no es posible determinar el significado de una formulación normativa tomada en forma aislada, sino que debe atenderse al contexto en el cual ella ha sido formulada (...). Si se acepta la idea positivista de que el derecho en cada momento es el resultado de un conjunto de actos de creación normativa, como ese conjunto es finito, el número de normas que lo integren también lo será, de modo que en la reconstrucción racional de cada norma del sistema, como resultado final del proceso de interpretación, se podrá, al menos desde un punto de vista teórico, especificar todas y cada una de las condiciones suficientes para el surgimiento de las soluciones normativas establecidas. Que en la práctica ello sea muy engorroso, o que ni siquiera resulte necesario llevarlo siempre a cabo, no significa que las excepciones implícitas provengan de fantasmagóricas normas implícitas o consideraciones valorativas subyacentes».

<sup>34</sup> Para Martínez Zorrilla, «No obstante, hay un modo alternativo de entender las normas jurídicas que no exigiría el recurso a los condicionales derrotables (...). Esto es, mediante condicionales estrictos que toman en cuenta todas las normas del sistema (para recoger todas las excepciones). (...) desde una concepción positivista

Otro de los conceptos incorporados al lenguaje jurídico por la facción neoconstitucionalista es el término ponderación. De hecho, la mayor parte de la doctrina que ha abordado la distinción entre reglas y principios considera que el único criterio que se ha demostrado útil para distinguir ambos tipos de normas es que, para su aplicación, las primeras utilizan la subsunción y la solución es generalizable, mientras que los segundos se aplican ponderando y la solución solo vale para el caso concreto.

La ponderación genuina, denominada por algunos autores, ponderación particularista, consiste en el balanceo, en el peso, de un derecho fundamental y otro, teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares presentes en el caso, para dar prevalencia a uno sobre otro. Y con todo, se trataría de una jerarquía móvil, de tal manera que, ante otro caso futuro, semejante al actual, pero en el que se produzca el cambio de una de sus circunstancias, la prevalencia puede ser otra. Siempre puede haber una excepción implícita que lleve a la inaplicación de un derecho fundamental.

Existiría un segundo tipo de ponderación, la llamada universalista, que consistiría en la construcción de reglas de conflicto que servirían también para el futuro. Es ésta la concepción de ponderación defendida por Robert Alexy, como señalé antes, y por otros autores constitucionalistas. Es el tipo de ponderación que mantiene también Atienza, para quien es uno de los tres esquemas básicos de la argumentación jurídica, junto con la subsunción y la adecuación. Para este autor, además, se trata de un procedimiento residual para los tribunales inferiores, puesto que están sujetos a la ponderación efectuada por los tribunales superiores o por el legislador y no es opuesta a la subsunción; de hecho, la ponderación bien entendida incluye la subsunción: se pondera para pasar de los principios a las reglas y, una vez obtenidas éstas, se procede a la subsunción. Pero no solo ello,

---

del derecho, que gracias a la tesis de las fuentes sociales permitiría identificar todo el material jurídico (conjunto de disposiciones normativas), junto con las operaciones de interpretación correspondientes, sería lógicamente posible reconstruir todas las normas del sistema como condicionales estrictos, estableciendo condiciones suficientes de sus soluciones normativas (así, en lugar de decir que matar a otro es una condición derrotable para el deber de sancionar, se diría que matar a otro, más no ser menor de edad, más no actuar bajo estado de necesidad, más no actuar bajo legítima defensa, más no actuar bajo miedo insuperable, y así con el conjunto total de condiciones, es la condición estricta del deber de sancionar). Cuestión distinta es que desde un punto de vista empírico y pragmático resulte extremadamente difícil y fatigoso llevar a cabo tal tarea. La conclusión destacable, sin embargo, es que estrictamente hablando, siempre bajo una concepción positivista del derecho, no habría normas genuinamente derrotables, ya que el problema de la derrotabilidad queda reducido a un problema epistémico y no conceptual o estructural»: MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., p. 225.

Atienza mantiene que el principio de universalidad exige que la regla así obtenida sea aplicada en el futuro<sup>35</sup>.

Desde mi punto de vista, este segundo tipo de ponderación, la universalista, no se diferencia de la interpretación y, por ello, ni es necesario, ni conveniente introducir este nuevo concepto<sup>36</sup>. Con todo, por lo que respecta al planteamiento de Manuel Atienza, el peligro se encuentra en lo que podríamos denominar la «ocasión de ponderación», esto es, cuándo se pondera. Y a este respecto el autor señala que un juez puede ponderar cuando bien no existe regla que regule el caso (caso de laguna normativa) o bien, cuando existe una laguna axiológica (esto es, hay regla, pero al juez no le gusta). Lo cual quiere decir, en palabras de Atienza que «la ponderación puede evitarse al menos cuando se trata de una laguna axiológica (creada en cierto modo por el intérprete); el que deba o no hacerse depende de una pluralidad de circunstancias pero en general, lo que justifica la ponderación es evitar el formalismo jurídico; por eso, la equidad viene a ser una forma de ponderación (entre el principio de certeza y el de justicia sustantiva)».

---

<sup>35</sup> ATIENZA, M., «Dos versiones del constitucionalismo», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 73-88, pp. 79-80. Años antes, Atienza y Manero escribían: «Cuando los destinatarios son los jueces, los principios sirven de guía de comportamiento cuando (...) no existen reglas específicas que se apliquen a un caso, cuando estas son indeterminadas en su formulación, o cuando aparece algún tipo de desacuerdo entre las reglas y los principios que las justifican. En tales supuestos, el juez lleva a cabo una *ponderación* entre principios, cuyo resultado es precisamente una regla. Por eso, tiene pleno sentido decir que los principios no determinan directamente (es decir, sin la mediación de las reglas) una solución. Precisamente por lo anterior, puede decirse (desde otra perspectiva) que la distinción entre reglas y principios solo tiene pleno sentido en el nivel del análisis *prima facie*, pero no una vez establecidos todos los factores, esto es, a la luz de todos los elementos pertenecientes al caso de que se trate, pues entonces la ponderación entre principios debe haber dado lugar ya a una regla»: *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 19-20. Martínez Zorrilla acepta también sin problemas la ponderación universalista: «(...) parece que el peligro provocado por la amenaza particularista no sirve para rebatir la posibilidad de construir sistemas de conflicto universalistas que resuelvan todos los casos de conflicto entre dos principios constitucionales y que permitan un razonamiento estrictamente subsuntivo ante los mismos. (...) Metodológicamente hablando, la concepción universalista de la ponderación es posible y la más indicada desde una perspectiva racional de resolución de conflictos»: MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, *ibidem*, p. 236.

<sup>36</sup> Incluso Manuel Atienza concede lo cerca que está la ponderación de la interpretación en determinados supuestos: «A mí, (...) me parece que ponderación e interpretación son procedimientos que se entre cruzan y que, en ocasiones (como en la de la tortura) se hace bastante difícil distinguirlos (...). Con ello no estoy diciendo que sea lo mismo una cosa y la otra. Yo creo que hay muchos casos de interpretación —digamos— ordinaria o *stricto sensu*, en los que no tiene sentido hablar de ponderación. Y que cuando sí tiene sentido hacerlo es cuando la interpretación supone un ejercicio de discrecionalidad superior al de los otros casos»: ATIENZA, M., GARCÍA AMADO, J. A., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, *op. cit.* pp. 100 y 102.

No está de más subrayar el peligro que representa la defensa de las llamadas lagunas axiológicas, cuya existencia se deja al arbitrio de los aplicadores del Derecho, como reconoce el propio Atienza.

Con todo, mayor peligro representa la llamada ponderación particularista puesto que conduce a la casuística total. En virtud de la misma, los derechos fundamentales se pueden excepcionar en aplicación de principios implícitos que ni siquiera tienen que ser otro derecho fundamental.

Derechos que excepcionan derechos; derechos que excepcionan reglas. Excepciones a reglas que pueden ser, no solo explícitas, sino también, en el contexto de la derrotabilidad disposicional de Alchourrón, «implícitas», que serían aquellas que se presume que el legislador tenía disposición a aceptar e «indeterminadas» (que no se sabe si el legislador tenía o no la disposición a aceptar) pero que, por si acaso, sostiene Atienza, que es mejor aceptar<sup>37</sup>. Con todo ello, el activismo judicial está sirviendo y el principio de legalidad tocado de muerte.

Con razón Prieto Sanchís habla en este sentido de judicialismo neoconstitucionalista que utiliza «técnicas desaplicadoras de la ley»<sup>38</sup>. Con lo cual, dice Prieto, el control concentrado de constitucionalidad

---

<sup>37</sup> Escribe Manuel Atienza en debate con García Amado: «La idea de que las normas no pueden ser derrotadas (...) me parece muy difícil de defender y, en caso de hacerse, ello conduciría a una concepción de tal rigidez que dudo pueda ser la tuya. Hace poco estuve releendo un texto de Alchourrón sobre esto de la derrotabilidad. Defiende ahí (el trabajo se llama “Sobre Derecho y lógica”; quizás lo hayas leído) un enfoque “disposicional” de la derrotabilidad (...). Para él, todas o, por lo menos, la mayor parte de las normas (incluidas, pues, las normas legislativas) son derrotables, en cuanto poseen excepciones implícitas. (...) Según Alchourrón, una determinada condición (no expresada por el legislador) sería una excepción implícita (...) si puede decirse que el legislador tenía, en el momento de promulgar la norma, una disposición a aceptarla. Habría también condiciones que no son excepciones (si la disposición del legislador fuese a no aceptarla). Y, en fin, condiciones que están indeterminadas como excepción (no cabría hablar de una disposición ni a favor ni en contra, por parte del legislador). (...) Pero qué hacer con las posibles condiciones que están “indeterminadas” desde la perspectiva del legislador? ¿No podrían ser nunca admitidas como excepciones, esto es, las convertirías todas en no excepciones? Me parece que eso sería, francamente, muy poco razonable» en ATIENZA, M., GARCÍA AMADO, J. A., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, *ibidem*, pp. 97-98.

<sup>38</sup> En el contexto de una obra de ingeniería social que incluye los siguientes pasos:

1.º El aplicador no duda de la constitucionalidad de la ley que debe aplicar porque si así fuera tendría que plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, pero sí

2.º Sí considera que esa ley es injusta o inadecuada para regular el caso concreto que tiene ante sí, por conducir al sacrificio desproporcionado de otro principio o derecho fundamental. Y así,

3.º Construye un conflicto entre el principio que está detrás de la regla a aplicar y el otro principio o derecho en conflicto.

4.º Pondera ambos principios.

5.º Aplica el principio que excepciona la aplicación de la regla que no se invalida, pero sí sale derrotada: PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 29.

de las normas se ha convertido, en la práctica, en un control difuso. Lo cual resulta totalmente criticable por ser contrario a nuestro estado de derecho. Es decir, otra regla derrotada.

Para muestra un botón. En nuestro sistema jurídico existen derechos fundamentales constitucionales como puede ser el derecho de defensa, o el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho al secreto de las comunicaciones, etc., que conllevan la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente vulnerando tales derechos, regla que se recoge en el artículo 11.1.º de la LOPJ, segundo inciso: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Y esa depuración afecta, tal como dispone el artículo 11 de la LOPJ no solo a la prueba directamente obtenida de la fuente vulneradora de derechos fundamentales, sino también a la indirectamente extraída de la misma: se consagra el llamado efecto reflejo de la prueba ilícita, en virtud de la llamada «conexión de antijuridicidad».

Pues bien, la jurisprudencia, a partir de 1998 aproximadamente, ha ido vaciando de contenido esta regla de exclusión de la prueba ilícita y de la refleja a ésta a través de principios supuestamente implícitos que funcionan como excepciones, como son la buena fe de los agentes, el descubrimiento inevitable, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, etc.

Y ¿a resultas de qué creó la jurisprudencia estos instrumentos? Pues como resultado de una ponderación entre, por un lado, el principio (ni siquiera constitucional) consistente en el interés público en la obtención de la verdad procesal y la eficaz persecución de los delitos y, por otro, esos otros derechos fundamentales, ponderación que se saldó en contra de estos últimos. Además, no estamos hablando en este caso de un conflicto *inter privatos*, sino de un conflicto entre mi derecho fundamental frente a la acción del Estado: David contra Goliat.

Cierto es también que la última jurisprudencia en la materia de los últimos tres o cuatro años ha vuelto al redil del garantismo, pero nadie nos asegura que esa dirección no vuelva a torcerse en un futuro. Ante lo cual me pregunto ¿Es conveniente jugarnos los derechos a la carta de la buena o mala voluntad de los jueces? Pienso que no. Pero se hace. Y ello se debe a la configuración de los derechos fundamentales como principios, y no como reglas, que claramente conduce a su debilitamiento.

Por lo tanto, es conveniente, desde mi punto de vista, volver a utilizar los términos interpretación y subsunción. Primero, debemos interpretar los derechos fundamentales con el fin de delimitarlos. Delimitación cuya necesidad procede, como acertadamente sostiene

De Otto, de la necesaria interpretación unitaria y sistemática del texto constitucional<sup>39</sup>.

Delimitación que en ocasiones ha realizado ya el legislador constituyente (pensemos en el art. 20 apartado 4.º: las libertades que reconocen tienen su límite, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia). Además, el legislador puede concretar esa delimitación, siempre que respete el contenido esencial (tal como dispone el art. 53.1); y donde la Constitución y el legislador callan, le corresponderá trazar esos límites al juez, pero con afán de que su concreción valga *pro futuro*, en virtud del principio del respeto al autprecedente.

Pero, en todo caso, el problema de los límites y la delimitación de los derechos fundamentales es un problema de interpretación y no un problema de conflicto entre derechos.

Critica esta forma de ver los derechos fundamentales, con sus parcelas bien delimitadas, Prieto Sanchís (él la denomina la Teoría interna) porque a su juicio participa de un notable cognitivismo<sup>40</sup>. Por eso

---

<sup>39</sup> DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, op. cit., p. 143: «Si se limita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como limitación para proteger otros bienes constitucionales muestran ser en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben ceder ante otros bienes constitucionalmente protegidos –por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos– porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, en el ejemplo utilizado no reconociendo nada similar a la objeción de conciencia del contribuyente. Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la Constitución». Y continúa en p. 163: «Y solo la existencia de esta construcción dogmática del derecho permite resolver los problemas a que antes se ha hecho alusión al tratar de los límites y fronteras de los derechos fundamentales y las libertades públicas sin acudir a fórmulas como la ponderación de bienes, la jerarquía de éstos y de los valores, etc., que son, ya se ha dicho, la base para la despositivación de los derechos fundamentales». En la misma línea, hay autores como Ferrajoli que identifican la ponderación jurisdiccional con la interpretación sistemática: «En cuanto a la *ponderación jurisdiccional*, parece poco más que una expresión nueva para denominar a la vieja «interpretación sistemática», conocida desde siempre y practicada por los juristas, consistente en la interpretación del sentido de una norma a la luz de todas las demás del sistema»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», op. cit., pp. 46-47.

<sup>40</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, op. cit., p. 150: «la teoría interna participa de un notable cognitivismo, suponiendo que puede operarse a priori o en abstracto una perfecta delimitación conceptual de los derechos y superar así cualquier indeterminación ya sea en la descripción del supuesto de hecho, ya en la consecuencia o contenido normativo de cada uno de ellos. Un sector de la doctrina alemana, un número no escaso de juristas españoles y el propio Ferrajoli participan, con distintos matices, de esta forma de ver las cosas».

él prefiere la que denomina Teoría externa, que parte de una concepción muy amplia de los supuestos de hecho que describen las normas de derechos fundamentales. Serían principios llamados a luchar con otros derechos fundamentales porque comparten los mismos supuestos de aplicación y la lucha se resolvería en dos fases: la primera subsuntiva y la segunda ponderativa, en la que se sopesa la importancia relativa de cada uno de ellos, de tal manera que, como conclusión, los derechos son derrotables, es decir, están expuestos a nuevas excepciones que no son previsible con anterioridad.

A Prieto la Teoría externa le parece más fecunda porque propicia un ejercicio de justificación más explícito y completo, ya que obliga a tomar en consideración todos los elementos del caso. Además de que ofrece una mayor extensión de los derechos, abriendo la puerta a derechos implícitos<sup>41</sup>.

Siento discrepar de mi admirado Prof. Prieto. Desde mi punto de vista, la teoría interna no tiene por qué conducir al cognitivismo; ello solo ocurriría si pretendemos utilizar en la interpretación de los derechos fundamentales una supuesta moral crítica, pero no si utilizamos la moral social, y seguimos hablando de fuentes sociales del Derecho. El mismo Prieto concede dos cosas: que los defensores de esta teoría no tienen por qué abrazar el esencialismo moral, por un lado, y, por otro, que la teoría interna parece garantizar la fuerza o intensidad de los derechos «evitando su negociación y eventual sacrificio en nombre del principio de utilidad».

Y, en relación con esta apreciación de Prieto, y como último elemento de nuestro botón, el neoconstitucionalismo defiende una nueva relación entre el derecho y la moral de la que no puede dar cuenta, nos dicen, el positivismo jurídico, en concreto, su tesis de la separación entre ambos órdenes.

Defienden los neoconstitucionalistas que la Constitución incorpora contenidos morales y anima a utilizar el razonamiento moral en su aplicación. Bayón, por ejemplo, es muy claro a este respecto, cuando afirma que en los estados constitucionales actuales la regla de reconocimiento incorpora principios morales básicos<sup>42</sup>. Por su parte, el bando opuesto reniega de tal incorporación. Para Laporta, por ejemplo, para describir de forma exhaustiva el derecho no es necesario participar de ninguna convicción moral, ni para determinar lo que el

<sup>41</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, pp. 95 ss. y p. 152.

<sup>42</sup> BAYÓN, J. C., «Proposiciones normativas e indeterminación del derecho», en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, op. cit., pp. 60-61: «(...) para los sistemas jurídicos de los estados constitucionales es sustancialmente verdadera la noción de “incorporacionismo” o “positivismo incluyente”, en el sentido propuesto por Coleman: la regla de reconocimiento de estos sistemas ha convertido en parte del derecho principios morales básicos».

derecho exige en un supuesto en concreto es preciso compartir los valores incorporados al Derecho<sup>43</sup>.

Además, mantiene esta ideología, que algunas normas tienen carácter de normas jurídicas por sus cualidades morales (a pesar de no poder ser identificadas a través de las fuentes sociales) mientras que otras, que sí son reconocidas a través de ese tipo de fuentes, dejan de serlo por tener un contenido injusto<sup>44</sup>. Si esto no es Iusnaturalismo, y perdonenme la ironía, que baje Dios y lo vea.

Cuestión distinta al nivel de existencia y reconocimiento de normas es su justificación o fundamentación. Claro que ahí se encuentra la moral. Jorge Rodríguez lo tiene claro<sup>45</sup>. Pero los principios y

<sup>43</sup> En palabras del autor: «Por lo que a mí respecta, sigo pensando que no es convincente afirmar que para hacer una descripción exhaustiva del derecho (ofrecer un concepto del derecho) se tenga que participar de alguna convicción moral, que en el discurso sea preciso incluir desde dentro algún postulado moral. Y tampoco, naturalmente, que para alcanzar una conclusión sobre lo que el derecho de un país dicta para un supuesto de hecho sea necesario comulgar con los valores o bienes incorporados a ese derecho o ponerlos fundados»: ATIENZA, M., «Entrevista a Francisco Laporta», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2015, pp. 554-577, p. 564.

<sup>44</sup> En palabras de Ángeles Ródenas, «(...) al menos en lo que a los sistemas jurídicos desarrollados se refiere, hay determinadas ocasiones en las que hacer depender la identificación del derecho de juicios de valor no solo no contraviene lo que el derecho requiere de los jueces y demás aplicadores del derecho, sino que, por el contrario, viene exigido por éste. En concreto, sostengo que los juicios de valor operan en el momento de la aplicación del derecho en un doble sentido: haciendo, por un lado, que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, no serían identificables como derecho, resulten ser, no obstante, aplicables y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como derecho resulten, pese a ello, inaplicables. En el primer caso las consideraciones valorativas operarían como condición suficiente de la juridicidad, ya que permiten identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían. Mientras que, en el segundo caso, las consideraciones valorativas serían condición necesaria de la juridicidad, ya que permiten excepcionar, o incluso invalidar, el derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes»: RÓDENAS, Ángeles., *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, op. cit., p. 17. En todo caso, las apreciaciones del juez/jueza sobre la necesidad de hacer caso omiso de la identificación de las normas de acuerdo con criterios autoritativos, parte de que es más oportuno el juicio de éste que el del legislador que creó la norma. Es más, en ocasiones, la norma es derrotada porque el juez/jueza estiman que existe un error en el compromiso entre razones de primer orden que actúa como justificación subyacente a la regla: «(...) nada excluye –nos dice Ángeles Ródenas– que el juicio de prevalencia entre razones que opera como justificación de una regla esté mal construido. Esta consideración nos permite hablar también de derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas (D2). Hablamos de derrotabilidad en este nivel cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras normas jerárquica o axiológicamente superiores del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla»: *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*; op. cit., pp. 40-41.

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ, J., «La derrotabilidad de las normas jurídicas», en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez*



Pero algunos autores neoconstitucionalistas defienden, en cierto sentido, el objetivismo moral al afirmar que la objetividad de un acuerdo (el origen de las normas serían las convenciones) no radica en la convención explícita, sino en los criterios tácitos de corrección que subyacen a la misma, que no tienen por qué coincidir con lo que la comunidad opina. Por ello, quien esto mantiene, debe abrazar algún tipo de objetivismo moral<sup>47</sup>. Otros afirman claramente la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el Derecho y la moral, en el sentido de que hay un fragmento del razonamiento justificativo judicial que es moral<sup>48</sup>.

---

tener cualquier contenido (...). Si con la apelación al constructivismo (de Dworkin, pero también del neoconstitucionalismo) se ha pretendido sustituir el solipsismo por el diálogo y la autonomía por la heteronomía, lo que no puede pretenderse al mismo tiempo es fundar normas morales y jurídicas al margen del juego democrático esto es, al margen del derecho positivo, ni invalidar normas surgidas de ese mismo procedimiento. Y a la inversa, si se quiere mantener la idea de que algunas normas morales ingresan al derecho por su contenido moral (aunque no hayan sido aprobadas de acuerdo con el procedimiento democrático) y que algunas normas jurídicas pierden su condición de tal por ser injustas, entonces la apelación al principio democrático como única fuente de justicia tampoco es correcta. (...) Sin embargo, desde el neoconstitucionalismo se manejan al tiempo estos argumentos. Tomado en su conjunto, el neoconstitucionalismo resulta así contradictorio, tanto como puedan serlo el iusnaturalismo y el constructivismo: que algunas normas ostenten carácter jurídico por sus cualidades morales u otras pierdan tal carácter por su contenido injusto son tesis que se pueden sostener desde el iusnaturalismo que considera que la moral externa al derecho identifica éste, pero no desde la óptica de la ética del discurso que hace del procedimiento democrático la fuente de la justicia o moralidad: si estamos dispuestos a identificar la moral a través del Derecho, entonces la moralidad deja de desempeñar papel alguno en la identificación del derecho».

<sup>47</sup> RÓDENAS, Á., *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismos jurídicos*, pp. 119 y 121: «...lo que fundamenta la objetividad de una convención no son los acuerdos explícitos realmente existentes, sino los criterios tácitos de corrección que subyacen a la misma. Por tanto, más allá de donde se extienden esos acuerdos explícitos, se puede hablar de criterios tácitos compartidos; puede afirmarse que en algún sentido existen las convenciones, aunque haya controversia acerca de su contenido»: esto último, casi mágico, se asemeja a lo que defendería Dworkin. Y sigue «Nótese que la objetividad de los hechos de los que esta concepción pretende dar cuenta se apoya en un conjunto de creencias y actitudes compartidas, de ahí que la concepción puede seguir siendo considerada como convencionalista, aunque para este tipo de convencionalismo los criterios de corrección de un concepto no coincidan sin más con lo que la comunidad explícitamente sostiene al respecto (...) A cualquier órgano jurisdiccional que desarrollara una argumentación como la anterior se le presupone la asunción de alguna forma de objetivismo moral. El órgano jurisdiccional incurriría en una contradicción pragmática si trata de fundar su hipótesis respecto del derecho implícito en una reconstrucción de los criterios tácitos compartidos por la comunidad jurídica y, simultáneamente, sostuviera que no es posible dotar de un fundamento racional a los juicios de valor».

<sup>48</sup> «O sea, hay aquí una dimensión importante del Derecho, desde la cual tiene pleno sentido afirmar la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el Derecho y la moral. No quiero decir con ello, claro está, que el razonamiento justificativo jurídico (judicial) se identifique sin más con el moral. Quiero decir que hay un fragmento de ese razonamiento que es moral y que, por ello (esa es una de las consecuencias prácticas de la tesis), los jueces necesitan, como cuestión interna a su prácti-

Decía al comienzo de mi intervención que el objetivo instrumental de mi ponencia es, en definitiva, contribuir a desterrar los conceptos (el botón de guerra) a los que me he referido, del lenguaje jurídico y con ellos la ideología que traen aparejada.

Y es que, como también decía al comienzo de mi intervención, intuitivamente apreciamos que el lenguaje, las palabras, conforman nuestro pensamiento. Intuitivamente apreciamos la diferencia entre referirnos a «esa persona que no se porta bien con su esposa» a hablar del «maltratador de su esposa».

Pero más allá de las intuiciones, la psicología cognitiva ha demostrado la influencia del lenguaje en la conformación de nuestras creencias, juicios, razonamientos y toma de decisiones. En concreto, un antropólogo, Benjamin Lee Whorf, junto con el lingüista Edwar Sapir, sostienen que el lenguaje determina la forma en que se percibe y entiende el mundo y, por tanto, el pensamiento y la conducta de los sujetos<sup>49</sup>.

Cuando la doctrina, utiliza los términos «ponderación» o «derrotabilidad» transmite el mensaje de que la sujeción a la norma es más laxa, más débil. Y ésa es, creo, la intención velada que se esconde tras su utilización: conceder mayor margen de libertad a los jueces porque,

---

ca, tener una formación en teoría moral. La diferencia entonces con lo que sostiene Ferrajoli, si yo le he entendido bien, es que él piensa que el juez no necesita para nada recurrir a la moral a la hora de argumentar, de motivar sus decisiones»: ATIENZA, M., «Dos versiones del constitucionalismo», *op. cit.*, p. 82.

<sup>49</sup> «El hombre natural, ya sea un simple o un científico, no conoce más sobre las fuerzas lingüísticas de lo que sabe el salvaje sobre la ley de la gravedad. Supone que el habla es una actividad en la que se es libre y no se encuentra con impedimento alguno. Piensa que se trata de una actividad simple y transparente, y para eso dispone de las explicaciones necesarias. Pero estas explicaciones se convierten en simples exposiciones de las necesidades que le impulsan a comunicarse. No son adecuadas al proceso por el que se comunica. (...) Pero la explicación de por qué tuvo que tener tales y tales pensamientos antes de que éstos se convirtieran en sonidos se convierte en algo que es simplemente la historia de sus necesidades sociales del momento. Es una contestación polvorienta que no arroja ninguna luz. (...) Esto implica, erróneamente, que el pensar es una actividad obvia y recta, que es la misma para todos los seres humanos, y de la que la lengua no es más que la expresión correcta. En realidad, el pensar es extremadamente misterioso y la mayor luz que hemos podido arrojar sobre esta actividad procede del estudio del lenguaje. Este estudio muestra que las formas de los pensamientos de una persona son controladas por inexorables leyes de modelos, de las que ella es inconsciente. Estos modelos son las sistematizaciones, imperceptiblemente intrincadas, de su propio lenguaje (...): LEE WHORF, B., «Lenguaje, mente y realidad», en *Lenguaje, pensamiento y realidad*, Barral Editores, Barcelona, 1971, trad. José M. Pomares (Original *Language, Thought and Reality*, The Massachusetts Institute of Technology, 1956), pp. 277-301, pp. 282-283. *Vid.* SAPIR, E., *New perspectives in language, culture and personality*: proceedings of the Edward Sapir Centenary Conference: (Ottawa, 1-3 october, 1984) edited by William Cowan, Michael K. Foster and Konrad Koerner, Amsterdam, 1986.

en la elección entre su poder y el poder del legislador, esta doctrina prefiere confiar en los jueces<sup>50</sup>.

En cambio, utilizar la palabra «subsunción» apela al principio de legalidad y con ello, en palabras de Calamandrei, a la libertad y a la seguridad jurídica. Nos libra de un «uso alternativo del derecho» en el contexto del cual nos arriesgamos a perder derechos<sup>51</sup>.

Y es que, fíjense, hablamos de lenguaje jurídico doctrinal, pero a pesar de que nosotros, la doctrina, estamos convencidos de que poca influencia tenemos en el mundo, y la filosófico-jurídica aún menos, justo en esta materia la jurisprudencia no ha dudado en dejarse con-

---

<sup>50</sup> «Es en esta constante referencia a la práctica judicial, no solo como criterio de identificación sino también como principal fundamento de legitimidad del Derecho, donde reside el otro elemento que el constitucionalismo argumentativo y principialista comparte no solo con el realismo sino también con el neopandectismo; que igualmente enfatiza el rol de las praxis, es decir el “Derecho como hecho” más que “como norma”, y propone, como alternativa a la crisis de la ley –que se juzga irreversible–, un renovado “rol de los juristas”, inspirado por una clara opción iusnaturalista»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *op. cit.*, p. 23.

<sup>51</sup> En palabras de LAPORTA, «(...) se ha dejado a un lado demasiado contundentemente la idea de respeto a la ley como emanación de la voluntad general. La ley es más bien un producto de gentes sospechosas de parcialidad que se puede poner en cuestión mediante una argumentación como la mencionada. Se incurre así, me parece, en la llamada falacia del nirvana: los jueces, liberados de sus deseos y concupiscencias, y en comunicación, sin límite de tiempo y de recursos, con los valores del texto jurídico-constitucional, encuentran profundas soluciones jurídicas en un medio ambiente de mediocridad, partidismo y debilidad de la voluntad de legisladores y grupos de presión. El gran juez Hércules poniendo orden en el desaguado que crea una simple pandilla de borrachos. Pero el proceso democrático no debe ser tratado así, porque es también uno de los pilares fundamentales de nuestros ordenamientos jurídicos. La ley ha de ser mirada como el producto de la voluntad general, y no debería procederse, así como así a impedir su vigencia con una argumentación moral que muchas veces, como tú sabes mejor que nadie en este país, no cumple con los requisitos mínimos de rigor que serían de desear. La aplicación del parámetro constitucional contra las leyes debería someterse a un ejercicio muy enérgico de *self restraint*. Y eso que, como sabes, yo soy muy consciente de lo mal que se legisla en este país»: Palabras a las que responde Atienza de este modo: «Otro factor que también habría que considerar es que, aunque la argumentación de los tribunales no obedezca, por supuesto, a las reglas del discurso racional, sin embargo, se alejan probablemente menos de ellas que las discusiones y negociaciones que tienen lugar en los parlamentos (y, sobre todo, fuera de los parlamentos, pero que son decisivas para determinar el contenido de nuestras leyes). El Estado de Derecho parece haber tenido más éxito (quizás porque era más fácil) al diseñar las instituciones judiciales que las legislativas. El problema de fondo aquí seguramente es el de la crisis de la democracia representativa, entendiendo por “crisis”, sobre todo, el hecho de que las instituciones “representativas” están sometidas a un proceso de erosión que parece difícil revertir. Dicho de otra manera, no estoy muy seguro de que una disminución del poder de los jueces (si ello llegara a tener lugar) fuese a significar en nuestras sociedades una mayor potenciación de las instituciones representativas (democráticas). Creo que esa es una eventualidad que también debería considerarse cuando se plantea el binomio gobierno de las leyes-gobierno de los jueces». ATIENZA, M., «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *op. cit.*, pp. 211 y 215.

vencer por los cantos de sirena de los constitucionalistas pro-ponderación. Y es natural: les sale muy a cuenta.

Y, por último, volviendo al objetivo principal de este trabajo: resucitar el espíritu de la obra de Calamandrei *Sin legalidad no hay libertad*, escrita como ya he dicho, en el año 1944, momento en el que hablar de legalidad era bastante políticamente incorrecto. Calamandrei parte de que, para mantener el orden en una sociedad no es posible encontrar un sistema perfecto: habrá que elegir, simplemente, el que ofrezca menores inconvenientes.

Y en este sentido, nos dice que a lo largo de la historia han existido dos sistemas de organización básicos. El primero, de formulación judicial, en el que no hay derechos preexistentes a la sentencia. El segundo, de formulación legislativa: si hay derechos preexistentes a la sentencia: los formulados por el legislador<sup>52</sup>.

Creo que, además, cada uno de estos sistemas da lugar a un tipo de razonamiento distinto. Categórico, en el caso del sistema de legalidad (porque es necesario cumplir las normas y no es legítimo excepcionar su cumplimiento) y categórico-consecuencialista, o únicamente consecuencialista, (en el sistema de formulación judicial de los derechos, porque las consecuencias de pronunciarse a favor de una parte u otra será uno de los factores que tengan mayor influencia en la decisión judicial).

Desde mi punto de vista, las ventajas del primer sistema para la defensa del Estado de Derecho son innegables. La norma es el resultado de un consenso y de un debate, que *de facto* es cierto que no se desarrolla en una situación ideal de diálogo, pero sí en un contexto en el que es posible la reflexión y, en todo caso, el producto de la misma es modificable y perfectible.

Por su parte, el sistema que fía a la jurisprudencia la formulación de los derechos genera incertidumbre que es, en palabras de Beccaría, «el más cruel verdugo de los desdichados»<sup>53</sup>.

Calamandrei escribía en 1944 y abro comillas de nuevo: «El sentido de la legalidad es la conciencia moral de la necesidad de obedecer las leyes, cualesquiera que fueren, porque son un compromiso recíproco asumido con los propios ciudadanos de respetarlas aunque sean injustas: conciencia de que la ley, aun cuando injusta, debe tratar de

---

<sup>52</sup> CALAMANDREI, P. *Sin legalidad no hay libertad*, op. cit., pp. 34-36. Y en p. 39: «A propósito de todas estas disertaciones teóricas, frente a quien sostiene que la legalidad no es más que una ilusión, es fácil desde el punto de vista práctico percibir la diferencia existente entre una legislación penal basada en el principio de legalidad y una legislación penal que —como las de la edad intermedia y como la actual— da al juez el poder de pensar como delitos hechos no previstos como tales en la ley. A esos filósofos que niegan la diferencia les preguntamos si, desde el punto de vista de su seguridad personal, se sentirían mejor viviendo bajo el primer régimen o bajo el segundo. Probablemente su tranquilidad de ciudadanos honestos se sentiría más asegurada en el primero».

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 39.

modificarse mediante la libre oposición, acaso con una insurrección en masa, pero no debe eludirse ni defraudarse individualmente mientras permanezca en vigor<sup>54</sup>.

Por su parte, Laporta resalta también el imperio de la ley como ingrediente indispensable para alcanzar la condición ideal de la autonomía personal. Su mensaje en síntesis sería «Menos neoconstitucionalismo y más neocodificación»<sup>55</sup>.

A estas alturas y al igual que a Laporta, muchos de ustedes me habrán encasillado como legalista o formalista y, al igual que él, llevaré con orgullo esa seña de identidad.

---

<sup>54</sup> «El sentido de la justicia puede hacer sentir la injusticia de la ley, e impulsar, *in iure condendo*, a modificarla; pero no debe destruir el sentido de la legalidad, es decir, el respeto de las reglas del juego según las cuales, para modificar las leyes, hay que seguir la vía trazada por ellas. Función social y pacificador del sentido de la legalidad: tal es el fruto de la libertad. Los pueblos libres sienten que las leyes no son impuestas por una voluntad ajena sino expresión de su autonomía. El compromiso de respetar la ley mientras esté en vigor es una de las garantías de la libertad, que encuentra en ese respeto el modo de eliminar la injusticia de aquellas, sustituyéndola por una mejor»: *ibidem*, pp. 72-73.

<sup>55</sup> *El imperio de la ley. Una visión actual, op. cit.*, p. 167.