NORMA Y VALOR EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

RULES AND VALUE IN THE NEOCONSTITUTIONALISM

Alfonso García Figueroa

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumen: El énfasis sobre las peculiaridades del Derecho de los Estados constitucionales ha sido uno de los ingredientes básicos del paradigma jurídico al suele hacerse referencia con el nombre de "neoconstitucionalismo" (Carbonell 2003). Han sido, pues, las particularidades del Derecho constitucionalizado (vid. Guastini 2003), singularmente la estructura y el contenido de los derechos fundamentales, las que han inducido esta nueva concepción del Derecho. En la primera parte de este trabajo mostraré algunos de los rasgos y presupuestos que cabe hallar en el neoconstitucionalismo (1) con el fin de enmarcar dos aspectos conexos de las actuales Constituciones que han sido cruciales en el desarrollo de esta nueva concepción del Derecho: la configuración de las normas jusfundamentales como principios (2) y la dimensión axiológica de la Constitución (3).
Palabras clave: Teoría del Derecho. Derecho fundamental. Principio. Derrotabilidad.

Abstract: The emphasis about the peculiarities of Rights in the constitutional States has to be a basic ingredient of the juridical paradigm when we make reference with the neoconstitucionalism (Carbonell 2003). Has to be the peculiarities of the constitutionalized Right (Guastini 2003), especially the structure and the content of the fundamental rights, which motivate this new conception of Right. In the beginning of this work will be showed some purposes of the neoconstitutionalism (1) with the effect to mention the aspects of the present Constitutions that has to be very important in the new conception of Right: the configuration of the jusfundamental rules as principles (2) and the dimension without exactly rules of Constitution.
Key Words: Rights Theory. Fundamental Right. Principles.

1. Neoconstitucionalismo

En su célebre obra *La definición del Derecho*, Hermann Kantorowicz sostenía que es posible desarrollar una pluralidad de definiciones de Derecho y que debemos seleccionar entre ellas de acuerdo con su utilidad comparada (Kantorowicz 1964, 37). Sin embargo no todos están dispuestos a compartir esta propuesta pragmatista. Quienes no admitan que pueda coexistir una pluralidad de conceptos de Derecho, deben determinar *el* concepto de Derecho y por tanto deben desarrollar teorías *generales* capaces de abarcar todos los sistemas normativos posibles (pretéritos, presentes y futuros) a los que nos referimos normalmente como "Derecho". Las teorías generales son muy ambiciosas en el plano conceptual, a veces al precio de no atender a cierta utilidad. Kelsen expresaba así el carácter general de su teoría:

> La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional (Kelsen 1977, 15).

Las grandes teorías positivistas y jusnaturalistas clásicas coinciden en desarrollar teorías generales. Esta coincidencia

* Profesor Titular de Filosofía do Direito da Universidad de Castilla-La Mancha (España).

no es casual. Es interesante constatar que, a pesar de sus notorias diferencias, positivistas y jusnaturalistas comparten un común acervo. El coincidente carácter general de estas teorías no es sino una manifestación de un acuerdo más amplio. Positivistas y jusnaturalistas están plenamente de acuerdo al menos en algo: en que su discusión tiene *sentido*. Si no compartieran esta creencia, cabe esperar que no perderían el tiempo discutiendo entre sí. Normalmente positivistas y jusnaturalistas coinciden (salvo improbable cinismo o flagrante contradicción performativa) en que tiene sentido discutir sobre las propiedades que comparten *todos* los sistemas jurídicos. Coinciden, singularmente, en que tiene sentido discutir si la moralidad es en alguna medida una propiedad necesaria de todos los sistemas jurídicos. Desde este punto de vista es engañoso contraponer positivismo y jusnaturalismo como encarnizados adversarios. Por usar una imagen, también los jugadores de ajedrez son adversarios. Sin embargo, siguen unas mismas reglas (que por cierto son las que hacen de ellos jugadores de ajedrez) y con cada enfrentamiento contribuyen a desarrollar y mantener vivo ese juego. A veces gana Kárpov y a veces Kaspárov, pero con cada victoria no se pretende aniquilar al otro. ¿Qué sería de un ajedrecista que no pudiera jugar con otros? Pues bien, y por seguir con la imagen, del mismo modo que para jugar al ajedrez necesitamos dos contrincantes, para desarrollar el discurso de la teoría del Derecho tradicional hemos necesitado dos adversarios: positivistas y jusnaturalistas. Como los ajedrecistas, los teóricos del Derecho son adversarios que al mismo tiempo se definen constitutivamente por utilizar unas comunes reglas del discurso de la teoría del Derecho tradicional, uno de cuyos presupuestos dice que es posible y tiene sentido preguntarse por la *naturaleza* del Derecho; dice, singularmente, que es posible y tiene sentido preguntarse por la naturaleza *moral* del Derecho. Sin embargo, que debamos asumir tales presupuestos dista de ser algo indiscutible.

Desde este punto de vista, cabría concluir que positivistas y jusnaturalistas son parte de un mismo paradigma (llamémoslo el "paradigma positivista/jusnaturalista") que ha sido el dominante en la teoría del Derecho, pero que, en efecto, no tiene por qué ser el único. ¿Cómo se define este paradigma? Al ya indicado carácter general de sus teorías, cabría sumar otros presupuestos conexos: dualismo Derecho/moral, objetualismo y esencialismo.

Positivistas y jusnaturalistas han compartido un *dualismo* Derecho/moral en el sentido de que ambos discuten sobre la existencia o no de una relación conceptual entre dos esferas normativas diversas, que son el Derecho y la moral. Creo que es importante subrayar este común dualismo porque la articulación del discurso de la teoría del Derecho en torno a Derecho y moral como dos sistemas normativos claramente diferenciados entre los que se afirman o niegan relaciones resulta incompatible con la tesis de la unidad del discurso práctico de la tradición kantiana (e.g. Alexy 1999). Por otro lado, positivistas y jusnaturalistas han compartido *objetualismo*, en el sentido de que han concebido el estudio del Derecho como si éste fuera un objeto estático y acabado, ignorando la vertiente dinámica e interpretativa que presenta. En otro lugar, al que me permito remitirme (García Figueroa 2004), me he ocupado de estos dos presupuestos. En cuanto al tercero, autores diversos (e.g. Nino 1985, 175 ss.) han denunciado el esencialismo de la teoría del Derecho, así que ahora habrá de bastar con recordar lo que Popper entendía por esencialismo en la primera ocasión en que se refirió a ello:

La escuela de pensadores que me propongo llamar *esencialistas metodológicos* fue fundada por Aristóteles, quien enseñaba que la investigación científica tiene que penetrar hasta la esencia de las cosas para poder explicarlas. Los esencialistas metodológicos se inclinan a formular las preguntas científicas en términos como "¿qué es materia?" o "¿qué es fuerza?" o "¿qué es justicia?" y creen que una respuesta penetrante a estas preguntas, que revele el significado real o esencial de estos términos y, por consiguiente, la naturaleza real o verdadera de las esencias denotadas por ellos, es por lo menos un indispensable requisito previo de la investigación científica, si no su principal tarea.[1]

Los presupuestos de un paradigma resultan indiscutibles dentro del propio paradigma, en la medida en que presenten carácter constitutivo (análogamente nada le impide al ajedrecista proponer que movamos los peones como caballos, pero en tal caso lo que propone es dejar de jugar al ajedrez). En este sentido, las reglas y presupuestos que definen un paradigma jurídico resultan *irrebasables* dentro de él. Por tanto, cuestionar las reglas constitutivas del paradigma supone necesariamente proponer uno alternativo. Como veremos a continuación, no todos los desarrollos del neoconstitucionalismo del que tanto se ha hablado (Carbonell 2003) suponen una ruptura con el paradigma positivista/jusnaturalista. Sólo en la medida en que las tesis del llamado neoconstitucionalismo pongan en duda al menos alguno de los presupuestos constitutivos del paradigma positivista/jusnaturalista de forma coherente, puede el neoconstitucionalismo erigirse en un nuevo paradigma para la teoría del Derecho.

La alternativa a las grandes teorías generales del paradigma positivista/jusnaturalista ha consistido en el desarrollo de *alguna* teoría particular del Derecho. Las teorías particulares del Derecho reconstruyen teóricamente un modelo jurídico concreto que presente interés. De hecho, así suelen hacerlo en la actualidad los representantes del llamado *neoconstitucionalismo*. Esta atención especial y deliberada a un modelo histórico concreto singulariza las teorías del Derecho neoconstitucionalistas hoy imperantes, frente a las tradicionales. Los representantes del neoconstitucionalismo han tomado el Derecho de los Estados constitucionales (el Derecho constitucionalizado) como el modelo central de su reconstrucción teórica. Sin embargo, ello no implica necesariamente renunciar a una teoría general. Todo depende del alcance que se confiera a los resultados de la teoría particular de que se trate o, dicho de otro modo, depende del propósito con el que desarrollemos la reconstrucción de un Derecho en particular.

Desde este punto de vista, una teoría particular puede servir a dos propósitos diametralmente opuestos: o bien funcionar como *test* para una teoría general (de modo que la teoría particular meramente *ilustra* la general) o bien fijar una teoría particular del Derecho que, en efecto, renuncie a extender los resultados de su investigación al resto de ordenamientos jurídicos (no constitucionalizados). Llamemos al primer tipo de teoría particular "teoría particular de alcance general" y al segundo "teoría particular pura". De este modo, si una teoría particular en su reconstrucción del modelo de Derecho en el Estado constitucional llega a la conclusión de que el Derecho constitucionalizado exhibe una vinculación necesaria con la moral, entonces caben dos interpretaciones de esa teoría. Si se interpreta como una teoría particular de alcance general, entonces la particular vinculación del Derecho constitucionalizado a la moral ilustra la teoría general según la cual todo Derecho está vinculado a la moral. Si se

interpreta como una teoría particular pura, entonces se afirma que el Derecho constitucionalizado (y sólo él) está vinculado a la moral sin comprometerse con una teoría general. Por tanto, la primera vía del neoconstitucionalismo considerado como una teoría particular de alcance general supone el anclaje del neoconstitucionalismo en alguna teoría general. En otras palabras, las teorías particulares de alcance general no escapan del paradigma positivista/jusnaturalista.

Al menos en algunos de sus aspectos clave, las teorías del Derecho de Alexy y Ferrajoli serían (entre otras) teorías particulares de alcance general en este sentido aunque con resultados contrapuestos. El *no positivismo* de Alexy (e.g. 1994) defiende la vinculación conceptual de Derecho y moral y entiende que la vinculación del Derecho a la moral que cabe reconocer en los Estados constitucionales es una manifestación de la vinculación conceptual necesaria entre Derecho y moral (teoría general no positivista). En la misma dirección, pero en sentido opuesto, el *positivismo crítico* de Luigi Ferrajoli (e.g. 1995, 852 ss.) desarrolla una teoría particular del Derecho basada también en el Derecho constitucionalizado, pero con el fin de defender que no existe una vinculación conceptual necesaria entre Derecho y moral (teoría general positivista). En esta medida, ambas teorías se inscriben dentro del paradigma positivista/jusnaturalista y se hallan expuestas a las objeciones que éste soporta (García Figueroa 2004, 2005).

El cambio de paradigma al que las teorías neoconstitucionalistas se orientan (incluso bajo la versión particular de alcance general que no lo consuma) tiene que ver con un trasfondo filosófico que opone al esencialismo una cierta dosis de pragmatismo (e.g. Ramos Duarte 2003, 219 ss.). En términos muy generales parece que la teoría del Derecho evoluciona desde teorías generales hacia teorías particulares y singularmente hacia teorías particulares puras. Una teoría particular pura resulta más pragmática a pesar de ser menos ambiciosa en el plano conceptual. Es menos ambiciosa porque sólo aspira a ofrecer *un* concepto (más) de Derecho y es más pragmática porque pretende reconstruir el Derecho que parece más útil reconstruir. Esta estrategia renunciaría en alguna medida a la búsqueda de lo sublime y eterno para contentarse con lo bello y finito, por decirlo con Rorty (2000, 7 ss.). Articular en el mundo del Derecho esta estrategia y especificar la utilidad que ha de satisfacer una teoría del Derecho pragmatista es tarea que excede los límites de un trabajo como éste. Baste dejar constancia de la evolución de la teoría del Derecho pues esta trayectoria permite prever en alguna medida sus futuros desarrollos.

Con independencia de su alcance (general o no), en el actual estado de cosas parece que existe cierta unanimidad a la hora de estudiar el Derecho tomando como central el modelo de los Estados constitucionales. Obviamente en una teoría particular del Derecho constitucionalizado adquiere un indiscutible protagonismo la Constitución y ello ha tenido importantes consecuencias para la teoría del Derecho. En relación con las teorías del Derecho tradicionales, la Constitución se manifiesta como una fuente inquietante. Por un lado, la Constitución satisface los criterios de validez del positivismo (la Constitución es una norma jurídico-positiva), del jusnaturalismo (la Constitución expresa una serie de ideales de justicia) y del realismo (el contenido de los derechos fundamentales obedece sobre todo a la actividad jurisdiccional). Pero por otro lado, que las tres teorías tradicionales en pugna tengan razón sólo puede significar, trivialmente, que ninguna de ellas tiene *toda* la razón. El

hecho de que las tres grandes tradiciones de pensamiento iusfilosófico nos suministren buenos argumentos para ofrecer una explicación de la Constitución, pero que al mismo tiempo tales argumentos sean insuficientes aisladamente considerados, permite pensar que la teoría del Derecho requiere una teoría por lo menos integradora y seguramente superadora para explicar satisfactoriamente la constitucionalización del Derecho. Y ello es así porque en la Constitución, más que en ninguna otra norma del sistema, se advierte con especial intensidad el tridimesionalismo al que gusta referirse el iusfilósofo brasileño Miguel Reale (e.g. 1997). La Constitución es una norma positiva, que expresa unos valores y cuyo sentido no puede entenderse fuera de su efectiva interpretación y aplicación por parte de órganos jurisdiccionales, singularmente por parte del Tribunal Constitucional. Norma, valor y hecho se hallan, pues, fuertemente imbricados en la Constitución. A continuación me referiré a esta trabazón entre los aspectos normativo y valorativo de la Constitución.

2. Las normas de la Constitución

Las normas constitucionales son muy poco precisas en algunas cuestiones muy relevantes, si bien lo más grave quizá sea el agravio comparativo que supone su precisión en cuestiones de menor trascendencia. Por poner dos ejemplos recurrentes, la Constitución española es relativamente precisa regulando los colores de la bandera española:

La bandera de España estará formada por tres franjas horizontales, roja amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas (art. 4.1 Const.)

O determinando la ciudad que es capital del Estado:

La capital del Estado es la villa de Madrid (art. 5 Const.)

Pero no lo es tanto cuando hablamos de derechos fundamentales. De hecho, Robert Alexy (2003, 35) ha destacado de forma muy expresiva que el empaquetado de productos cárnicos merece una regulación por parte de las directivas europeas mucho más detallada que nuestros derechos fundamentales en la Constitución. Realmente si el cuidado con el que se dicta una norma fuera, como parece razonable, acorde con la importancia de la materia regulada, parecería inaceptable que el envoltorio de una salchicha mereciera una regulación más sofisticada que los derechos fundamentales de un ser humano.

Desde este punto de vista, las normas sobre derechos fundamentales presentan algún tipo de debilidad en su formulación, impropia de su importancia sustancial. Este tipo de objeción a la formulación de derechos individuales no representa una novedad (las declaraciones de derechos fueron en su momento blanco de la severa crítica de Bentham[2]). Quizá sí lo sea la terminología con que hoy en día se expresa y la especial insistencia sobre ciertos aspectos de la cuestión. Hoy ya es un lugar común referirse al problema cuestionando que los derechos fundamentales se expresen a través de principios y no de reglas. En este sentido, la objeción ha sido muy bien formulada por Rodríguez-Toubes cuando ha escrito sobre la garantía de los derechos fundamentales que se trata de "una cuestión de principio, pero al mismo tiempo impropia de principios" (Rodríguez-Toubes 2000, 13). Cuestionar la conveniencia de formular los derechos fundamentales como principios exige precisar qué significa principio y si realmente existe una incompatibilidad entre la importancia de los derechos fundamentales y su configuración como principios. Ambas preguntas presentan un gran alcance, que aquí sólo puede insinuarse muy brevemente.[3]

¿Qué se entiende por principio? ¿En qué sentido los derechos fundamentales están formulados como principios? Como es bien sabido, las teorías sobre los principios son múltiples, pero aquí me interesa referirme a los principios jusfundamentales como normas derrotables (*defeasible*). Por ejemplo, la norma

N: Todos los ciudadanos tienen garantizada su intimidad presenta una estructura análoga al enunciado

E: Todos los pájaros vuelan.

En ambos casos y suponiendo que hayamos sido capaces de enumerar exhaustivamente el conjunto *actual* de excepciones, es posible que hallemos en el futuro *nuevas* excepciones que no son previsibles *ex ante,* al momento de formular el derecho a la intimidad o de declarar que los pájaros vuelan. Es lo que sucede respectivamente cuando en un caso concreto mi derecho a la intimidad se ve superado por el derecho a la libertad de expresión o cuando nos damos cuenta de que el pingüino del zoo no vuela a pesar de ser un ave. Estas excepciones sobrevenidas no nos llevan a renunciar sin embargo al cuantificador universal "todos" que aparece en ambos enunciados. Afirmamos más bien que N y E expresan enunciados *derrotables*.[4]

Es interesante subrayar que la derrotabilidad que se predica de las normas iusfundamentales es una propiedad disposicional. Las propiedades disposicionales se caracterizan porque su manifestación está condicionada a que tenga lugar un cierto suceso (condición de la manifestación). El ejemplo clásico de propiedad disposicional es la solubilidad en agua. La sal es soluble, no porque toda la sal del mundo esté disuelta, sino porque la sal, sólo *en caso de* ser introducida en agua, se disuelve. Análogamente, si y sólo si hallamos una excepción a N no anticipable *ex ante*, entonces se *manifiesta* la propiedad disposicional de la derrotabilidad. En tanto no se materialice tal condición de la manifestación y la subsiguiente manifestación, la norma N (derrotable) presenta una *apariencia* igual a la de una norma no derrotable. En tal medida, una propiedad disposicional es una propiedad de algún modo latente y no se exterioriza en tanto no se materialice su condición de manifestación. Lo que una norma de este tipo ordena, permite o prohíbe es algo siempre a expensas de lo que pueda deparar un futuro relativamente incierto.

Este carácter disposicional de la derrotabilidad debería afectar poderosamente nuestra imagen del Derecho y de hecho ello parece un elemento muy considerable en el posible desarrollo del llamado paradigma neoconstitucionalista (García Figueroa 2003, 212 ss.; 2004) en particular si a ello añadimos que la determinación de las nuevas excepciones no enumerables *ex ante* sólo puede llevarse a cabo con el concurso del discurso práctico general. Los derechos fundamentales nos hablan de *igualdad*, de *dignidad*, de *libertad* y de muchos otros conceptos que forman parte del léxico moral antes que del jurídico. Por utilizar una analogía: ¿Acaso no sospecharíamos intuitivamente que dos aparatos con un aspecto exterior diverso tienen un funcionamiento parecido si una buena parte de sus piezas fueran semejantes o si una buena parte del glosario de sus respectivos manuales de instrucciones coincidieran? Derecho y moral comparten un vocabulario que permite pensar que el Derecho no puede ser ajeno a la *mecánica* del discurso práctico, de modo que el discurso jurídico sería, en relación con el moral, un *genus proximum* (Alexy 1999). Como es sabido, la llamada "tesis del caso especial" (*Sonderfallthese*) de Robert Alexy viene a fundamentar esta intuición: el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general.

Dicho en otras palabras, no podemos razonar jurídicamente sin razonar moralmente. Por eso cuando queremos resolver un conflicto entre derechos fundamentales y *excepcionar* uno de ellos debemos recurrir a una argumentación moral. En el plano jusfundamental la administración de la derrotabilidad remite así a razones morales. En este sentido, se puede decir que la derrotabilidad de los derechos fundamentales tiene "bases éticas" (Celano 2002, 37).

Así pues, si asumimos, como aquí se hace, que las normas iusfundamentales son *derrotables* y lo son sobre *bases éticas*, entonces el Derecho no puede ser contemplado como un conjunto estático y acabado de normas que nos dicen qué hacer, como presupone el objetualismo anteriormente referido. Si yo me pregunto qué ordena, prohíbe o permite el Derecho en un Estado constitucional, mi respuesta siempre se hallará condicionada por dos elementos importantes que no puedo determinar de forma inmediata. Por un lado, la *derrotabilidad* de las normas iusfundamentales provocará que mi respuesta dependa de las específicas e imprevisibles circunstancias que puedan concurrir en un caso futuro. Por otro, que la derrotabilidad de las normas iusfundamentales tenga bases *éticas* provocará (si mi ética es constructivista) que mi respuesta dependa además de las futuras fluctuaciones de las concepciones morales (de los participantes en el discurso moral) que condicionan las futuras excepciones a la norma (pensemos en las transformaciones sociales de la sociedad norteamericana durante los doscientos años de vida de su Constitución). Por razones puramente conceptuales, si una excepción a un principio iusfundamental no es anticipable *ex ante*, entonces no podemos conocer el conjunto de excepciones de una norma y no podemos conocer plenamente su contenido. Si las normas sobre derechos fundamentales son derrotables, entonces no puedo afirmar *ex ante* con plena seguridad qué sea obligatorio, prohibido o permitido de acuerdo con los derechos fundamentales. Si ello es así y si aceptamos además que los derechos fundamentales *impregnan* o *irradian* (la interpretación de) todo el Derecho, entonces el diagnóstico recién indicado no sólo afecta a las normas sobre derechos fundamentales, sino que se extiende a todo el sistema jurídico en su totalidad. He aquí la explicación de la especial incidencia de la derrotabilidad de los derechos fundamentales sobre el concepto de Derecho.

Llegados a este punto, podría parecer que la incertidumbre a que nos aboca el fenómeno de la derrotabilidad de las normas jusfundamentales es un argumento a favor de alguna forma de escepticismo sobre el Derecho a la manera que proponía el realismo jurídico o ciertas corrientes críticas: dado que no podemos saber *ex ante* qué está jurídicamente ordenado, prohibido o permitido, el Derecho deja de ser una guía para la acción. Sin embargo, la teoría del Derecho actual que se desarrolla al amparo del paradigma neoconstitucionalista sólo puede aceptar esta conclusión hasta un cierto punto y no sólo porque no todos los casos resultan ser casos difíciles en la práctica. Es cierto que el carácter derrotable de las normas jusfundamentales desplaza la centralidad del estudio del Derecho desde el sistema jurídico hacia el momento de la efectiva aplicación del Derecho (cuando la *derrotabilidad* de los principios jusfundamentales se *manifiesta*) de modo que, como expresivamente afirma Habermas (1998, 266), "el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis del sistema jurídico". Ello explica que la teoría del Derecho de las últimas décadas haya desplazado el foco de interés desde la teoría de los sistemas normativos hacia la

teoría de la argumentación. En este (pero sólo en este) sentido, se puede hablar de un *neorrealismo* implícito en el paradigma del neoconstitucionalismo. El Derecho tiende a ser concebido no tanto como un conjunto estático de normas, cuanto, más bien, como un conjunto dinámico de argumentos. Sin embargo, una vez asumida esta perspectiva, la teoría de la argumentación sobre la que se asienta buena parte del paradigma neoconstitucionalista se separa del escepticismo ante las normas del realismo y defiende la posibilidad de un control racional de la argumentación jurídica. Las normas jurídicas y singularmente las iusfundamentales adquieren su contenido en la concreta práctica jurídica, pero eso no significa que tengamos que renunciar a la objetividad en el discurso jurídico. No interesa *cualquier* aplicación del Derecho, sino sólo la aplicación *racionalmente justificada.* En suma, la incertidumbre que provoca la derrotabilidad de las normas del sistema jurídico (singularmente de las constitucionales) nos aboca a un escepticismo de corte realista sobre el sistema jurídico que es sin embargo compensado con un objetivismo en la aplicación del Derecho que se apoya en la teoría de la argumentación jurídica (García Figueroa 2000, 201 ss.). Por buscar la simetría, cabría concluir que al específico *neorrealismo* lo corrige un cierto *neojusnaturalismo*. Que no sepamos exactamente qué dice el Derecho en abstracto no impide que podamos dar respuestas jurídicas racionales a cada caso. De este modo, los principios jusfundamentales parecen abocarnos por su estructura derrotable y su base ética a un particularismo jurídico (e.g. Celano 2005). El particularismo es la teoría que rechaza toda virtualidad de las normas abstractas en el discurso moral.

¿Son los derechos fundamentales cuestiones de principio impropias de ser reguladas por principios? Frente a algunos críticos (singularmente Habermas 1998, 311 ss.) y con cierta independencia del concepto de principio que asumamos, la "teoría de los principios" (Alexy 2004, 14 ss.) sostiene que los derechos fundamentales no sólo *pueden*, sino que *deben* venir configurados a través de principios. La derrotabilidad sobre bases éticas de los principios iusfundamentales puede parecer a primera vista un inconveniente, pero en realidad es consecuencia de un rasgo de éstos que bajo la ideología del Estado constitucional representa una virtud: su fuerte carga axiológica. Desde este punto de vista, la configuración de los derechos fundamentales como principios es una manifestación más de la toma de posición del Estado constitucional ante el viejo conflicto entre seguridad y justicia. Más específicamente, entre perfección formal y corrección material. El reforzamiento de la corrección material tiene lugar a costa de cierta *imperfección* formal en el Derecho del Estado constitucional. Por eso, como escribe Ferrajoli:

> La posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial (Ferrajoli, 1999, 24).

Sin embargo, no todos contemplan esta transacción en el Estado constitucional que cede perfección formal a cambio de un vínculo sustancial (de dimensión ética, de dimensión axiológica, si se quiere) con ese optimismo. Por ejemplo, esta *ventaja* es considerada por Habermas como una *desventaja*. Habermas insiste en que la dimensión axiológica que adquieren las Constituciones comporta una indeseable flexibilización y consiguiente judicialización del Derecho que anula los

"cortafuegos" (Habermas 1998, 332) de nuestros derechos fundamentales. Sin embargo esta crítica no parece del todo justa. Es cierto que con su derrotabilidad sobre bases éticas las normas jusfundamentales incrementan el grado de incertidumbre, pero a cambio permiten aspirar a un mayor grado de justicia. Mayor grado de justicia en un doble sentido. Hacia arriba, los principios jusfundamentales determinan ideales a los que debemos aproximarnos. Hacia abajo, los principios jusfundamentales ven su eficacia condicionada al caso concreto con el fin de tratar igual los casos iguales y desigual los casos desiguales, con el fin, dicho de otro modo, de considerar las particularidades del caso. De esta forma, la configuración de los derechos fundamentales como principios representa el instrumento normativo de la institucionalización de ideales en el Derecho, algo que parece a todas luces deseable. Los principios son por su parte el intento de salvar el desfase entre el plano deontológico del Derecho (su configuración normativa) con el plano axiológico (los valores incorporados). La nueva configuración normativa del Derecho (como principios) en el plano deontológico responde a la nueva configuración valorativa del Derecho (axiológicamente cargado) en el plano axiológico.

Desde este punto de vista, la crítica de Habermas a la teoría de los principios parece sesgada. La dimensión axiológica del Derecho consitucionalizado no es el problema que los principios incorporan, sino que los principios son precisamente el instrumento que sirve a la articulación de la dimensión axiológica y la dimensión deontológica en el Derecho del Estado constitucional. En efecto, esta dimensión axiológica, el "vínculo sustancial" del que nos habla Ferrajoli, la "dimensión ética sustancial" (Celano 2005, 3) del Estado de Derecho constitucional exige un tipo adecuado de normas. La configuración de las normas de derechos fundamentales como principios constituye el intento de adecuar las normas en el plano deontológico a los valores en el plano axiológico. De este modo, los principios permiten con su derrotabilidad dar entrada a las fluctuaciones del discurso moral derivadas de la contigencia de los participantes en el discurso moral. De este modo la configuración normativa de los derechos fundamentales nos remite a la dimensión valorativa de la Constitución. Esta cuestión nos lleva a considerar el papel de los valores en el Derecho y la relación de estos con los principios.

3. Los valores de la Constitución

Las disposiciones de los ordenamientos jurídicos normalmente ordenan, prohíben o permiten una acción. Ya hemos visto que a veces lo hacen de forma más terminante o concluyente (a través de reglas) y en otras menos (a través de principios, especialmente de principios iusfundamentales). Sin embargo, reglas y principios no son los únicos tipos de enunciados que encontramos en un sistema jurídico. Como todos sabemos, a veces el Derecho además de dictar normas (que ordenan, prohíben o permiten), hacen otras cosas. Por ejemplo, estipulan definiciones, expresan sentimientos o formulan valores. Quizá sea este último uno de los rasgos más destacables (si no el que más) del Derecho en el Estado constitucional. Es claro, pues, que el Derecho no sólo se formula en un lenguaje prescriptivo (deontológico). También expresa otros actos de habla. Singularmente el Derecho constitucionalizado se expresa a través de un lenguaje valorativo (axiológico). En este sentido se ha hablado de la *materialización y remoralización* del Derecho. Podríamos decir que el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho ha supuesto en buena parte la

transformación de un Derecho deontológico (puramente normativo) en un Derecho axiológico (marcadamente valorativo). El Derecho ya no sólo nos dicta una *norma* como el art. 14 de la Constitución española que determina el *principio* de no discriminación o principio de igualdad:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Sino que también consagra el *valor* de la igualdad en su art. 1.1:

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Al menos en España, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni el constituyente distinguen claramente entre *principios* como el art. 14 y *valores* como los formulados en el art. 1.1 (cfr. Díaz Revorio 1997, 101 ss.), de modo que con frecuencia tratan principios y valores indistintamente. Sin embargo, *norma* es una categoría deontológica y *valor* una categoría axiológica (von Wright 1993, 6; Alexy 1993, 139 ss.), así que formular una norma y formular un valor son actos distintos. Es cierto que el contexto puede determinar el carácter de un acto de habla. En ejemplo de Bernard Williams (1987, 58): si alguien dice "el hielo está fino" está describiendo algo, pero su aseveración también puede interpretarse, según el contexto, como una advertencia. Esto demuestra que un mismo enunciado puede interpretarse como dos actos de habla distintos. También es cierto que al contraste con los enunciados descriptivos (verdaderos o falsos), se ha agrupado lo valorativo y lo normativo bajo el más amplio rótulo de lo *normativo-valorativo* (Celano 1994, 42-3). Sin embargo, nada de ello debe hacernos perder de vista el valor analítico de la distinción entre diversos actos de habla. En nuestro caso, no debe impedirnos distinguir entre normas y valores y ver hasta dónde llegan sus conexiones una vez salvadas las discrepancias interpretativas. Parece claro que no es lo mismo decir: "no debemos discriminar" que decir "la discriminación no es buena". No es lo mismo decir "debemos tratar a todos por igual" que decir "tratar a todos por igual es bueno". Una cosa es decir que algo es debido y otra decir que algo es valioso. Ahora bien, ¿existe algún tipo de conexión intrínseca entre normas y valores que explique la confusión de normas y valores incluso en la propia jerga filosófica?[5] Por ejemplo, ¿implica el enunciado valorativo "la discriminación no es buena" el enunciado normativo "no debemos discriminar"? Y si es así, ¿de qué modo?

David Lewis se pregunta si un valor es un sentimiento, una creencia o bien un deseo y concluye que valorar algo es formular un deseo. Sin embargo no valoramos todo lo que deseamos. En ejemplo del propio Lewis (2000, 70), un drogadicto podría *desear* "colocarse" en trance pero no *valorar* tal experiencia. De hecho lo más seguro es que él *desee no desear* tener tal experiencia. Esto le sirve a Lewis para decir que "ser un valor (…) significa ser aquello que nosotros estamos dispuestos bajo condiciones ideales a desear desear" (Lewis 2000, 71). Lewis sigue aquí la idea de Moore cuando afirma que "ser bueno puede significar ser aquello que deseamos desear" (Moore, 2002 secc. 13, p. 38). A partir de aquí Lewis vincula valor y motivación del siguiente modo bajo una concepción disposicional de valor:

Si algo es un valor, y alguien forma parte del "nosotros"[6] apropiado, y si está en condiciones ideales, entonces se sigue que lo valorará. Y si lo valora, y si lo desea

como desea desearlo, entonces lo deseará. Y si lo desea, y si este deseo no es desplazado por otros deseos en conflicto, y si tiene la racionalidad instrumental para hacer lo que sirve a sus deseos, de acuerdo con sus creencias, entonces lo perseguirá. Y si las creencias relevantes son prácticamente lo bastante verdaderas, entonces lo perseguirá tan efectivamente como sea posible (Lewis 2000, 72).

De forma similar, von Wright (1993, 176) explica la conexión (el *anclaje*) entre valor y norma a través de la idea de "necesidad práctica". La necesidad práctica de una norma deriva de un valor o un fin deseado cuando éste se combina con una "necesidad natural" en nuestros "silogismos prácticos". El ejemplo de silogismo práctico que nos ofrece von Wright (1993, 161) es el siguiente:

Deseas habitar la cabaña (enunciado de deseo)

A menos que calientes la cabaña, no conseguirás habitarla (enunciado de necesidad natural)

- Debes calentar la cabaña (enunciado de necesidad práctica)

Similarmente, podríamos decir que si la igualdad es un valor constitucional, esto es, se trata de algo constitucionalmente *deseable* (se desea la igualdad) y se atiende a las necesidades sociales y jurídicas (a menos que establezcamos normas de conducta apropiadas que excluyan la discriminación no conseguiremos situaciones de igualdad), entonces el principio de no discriminación del art. 14 Const. es la formulación expresa de una necesidad práctica en el Derecho constitucionalizado derivada del valor constitucional de la igualdad. Existe una conexión práctica entre los valores y los principios constitucionales.

Sin embargo, la conclusión "no se debe discriminar" no parece que se pueda plantear en términos absolutos. Seguramente no podemos exigir el cumplimiento de "no se debe discriminar" del mismo modo que exigimos el cumplimento de la norma "no se deben rebasar los 100 kilómetros por hora" o "no se debe circular por el carril izquierdo de la calzada". Tras la norma "no se debe discriminar" existe una carga axiológica inmediata no presente necesariamente en las otras dos. Admitida la conexión práctica entre valores y normas jusfundamentales, la cuestión es entonces determinar la incidencia de esta conexión sobre la específica configuración de las normas jusfundamentales como principios. Recordemos de nuevo que esta configuración, esta *imperfección* deóntica que trasluce la dimensión ética sustancial de la Constitución es precisamente lo que critica Habermas (1998, 311 ss.), la "teoría de los valores" que por otra parte sostiene el Tribunal Constitucional alemán (vid. Cruz 2005).

Tradicionalmente de la conexión entre valores y normas se había inferido una correlación directa entre lo bueno y lo debido: lo que es bueno es debido. Si la igualdad es un valor, entonces es debida. Sin embargo, en un trabajo clásico Urmson (1969) subrayó una relevante asimetría entre el lenguaje valorativo y el lenguaje prescriptivo que es relevante aquí y que surge del análisis de las acciones supererogatorias. La idea central es la siguiente: la filosofía moral ha distinguido normalmente tres tipos de acciones en relación con su valor moral: deberes, acciones indiferentes, y acciones incorrectas. Urmson considera esta tripartición inadecuada porque no contempla las acciones supererogatorias, las acciones de los héroes y los santos que van más allá de lo debido y en ese sentido, no son debidas a pesar de ser valiosas. El ejemplo de Urmson (1969, 63) es el del soldado que se abalanza sobre la granada de mano a punto de estallar para salvar, con el sacrificio de su propia vida, la de

sus compañeros. Esta conducta es valiosa, pero no es debida. En este sentido existe al menos una asimetría entre el lenguaje valorativo y el prescriptivo: las conductas supererogatorias demuestran que existen acciones valiosas que no son debidas. No existe correlación plena entre deberes (normas) y valores.

Esta asimetría también se percibe en el Derecho constitucionalizado. La igualdad se manifiesta como un valor, cuya realización queda ordenada expresamente por un principio, pero debe someterse también a las posibilidades jurídicas y fácticas que puedan surgir en el caso. En este sentido, la igualdad se parece a la conducta supererogatoria en que no se traduce de forma inmediata en un deber, pero se diferencia porque la igualdad no deja de ser debida *en alguna medida*. La igualdad además de como valor, funciona como *ideal*. El ideal es valioso y no puede ser debido de forma absoluta por la propia naturaleza contrafáctica del carácter ideal, pero tampoco puede considerarse no-debido como sucede con los actos supererogatorios. Por eso el valor de la igualdad, a pesar de su carácter ideal, no se traduce en un no-deber sino en una forma distinta de deber.

La norma "no se debe discriminar" se torna así derrotable para poder conservar la carga axiológica que comporta, pues sólo el carácter derrotable posibilita articular el vínculo sustancial en su aplicación. No decimos que no sea debida. Sí decimos que no es debida del mismo modo en que lo son otras normas del ordenamiento al que ya es usual referirse como *reglas* y que cabe (al menos pragmáticamente) aplicar sin atención especial a su carga axiológica. En el caso de la prohibición de la igualdad, a diferencia del caso de las conductas supererogatorias, la acción es debida, pero no es *absolutamente* debida. Aquí el valor al que se apela constituye un ideal. Un ideal se caracteriza precisamente porque *debemos* aspirar a su plena realización, pero no es *posible* cumplirlo en toda su extensión. Los derechos fundamentales funcionan así como ideales que exigen el *mayor* cumplimiento *posible* y ello excluye un cumplimiento absoluto. Así que el ideal (lo valioso debido lo más posible) se sitúa entre lo valioso debido y lo valioso no-debido (supererogatorio).

Visto así, adquiere nuevo valor la concepción de los principios jusfundamentales que nos ofrece Robert Alexy, cuya concepción de los principios como mandatos de optimización ofrece una respuesta a esta apelación de los principios constitucionales a una dimensión valorativa e ideal del Derecho. Recordemos que para Alexy un principio es una norma que debe aplicarse en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Su fórmula de compromiso consiste así en configurar las normas jusfundamentales como "mandatos de optimización" (Alexy 1993, 86). El mandato de optimización establece que se debe realizar una cierta acción o llevar a cabo un cierto estado de cosas en la medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Cuando decimos que tenemos un derecho a la igualdad, según Alexy estamos diciendo en realidad que en lo posible (jurídica y fácticamente) no se me debe discriminar. Es decir, cuando digo que tengo derecho a la igualdad o no discriminación, estoy exigiendo que se lleve a la realidad una acción o un estado de cosas valiosos, pero esas acciones o estados valiosos no pueden ser debidos del mismo modo en que lo son otras acciones o estados de cosas que no apelan (al menos directamente) a un ideal, que no están cargados axiológicamente del modo en que lo están los principios jusfundamentales. [7] Frente a las objeciones, parece clara la conexión práctica entre las normas y los valores de la Constitución y la idoneidad de los principios para articularla.

Conclusión

En la primera parte de este trabajo me he referido a algunos de los rasgos que distinguen a los autores que suelen identificarse como neoconstitucionalistas. De entre esos rasgos quizá convenga retener ahora dos de ellos: por un lado, la adopción de una teoría del Derecho particular y no propiamente general en el sentido de que asumen como objeto de investigación un concreto modelo jurídico, que es el de los Estados constitucionales, y, por otro, el desplazamiento de la centralidad desde la teoría de los sistemas jurídicos a la teoría de la argumentación jurídica. Estos dos rasgos (más teoría particular y más teoría de la argumentación) determinan la centralidad del estudio de la dimensión argumentativa de los derechos fundamentales en el discurso jurídico.

Aquí me he referido a dos particularidades de los derechos fundamentales que condicionan su dimensión argumentativa: la configuración de las normas jusfundamentales como principios, en el sentido de normas derrotables, y la carga axiológica que comportan. La derrotabilidad de las normas jusfundamentales expresa una debilidad deóntica que ha sido criticada precisamente por afectar a normas con un contenido valorativo muy importante. Sin embargo, aquí se ha indicado que esta debilidad responde precisamente a la necesidad de que la cobertura en el plano deontológico de los valores sea la adecuada. Por paradójico que parezca, si queremos considerar ciertos derechos como *triunfos*, entonces debemos dotarles del grado suficiente de flexibilidad que les permita conservar su validez incluso frente a las posibles *derrotas* que deban soportar dentro del discurso jurídico. Por utilizar una imagen, para ganar la guerra es necesario sobrevivir a la pérdida de algunas batallas (es necesario *poder perder* algunas batallas). Esto explica la correlación entre la dimensión axiológica y la dimensión deontológica de los principios jusfundamentales.

Naturalmente en su conjunto esta estrategia comporta riesgos, singularmente la judicialización excesiva de nuestros derechos constitucionales. La administración de estos riesgos es tarea compleja en la que factores como la cultura jurídica y política de un sistema o los resortes específicos de un diseño institucional revisten gran importancia. Sin embargo, junto a ellos cobra particular relevancia una cuestión ideológica. En sus términos más simples la cuestión es qué grado de seguridad jurídica estamos dispuestos a comprometer para poder ampliar los horizontes jurídicos de nuestros ideales. Seguramente la ideología del neoconstitucionalismo sea la que está dispuesta a asumir riesgos y en este sentido se trata de una ideología progresista. Uno de los rasgos fundamentales de un planteamiento progresista consiste en el optimismo, en la confianza en que las transformaciones y los riesgos no son necesariamente perjudiciales (vid. Kolakowski 1970,123 ss.).

REFERÊNCIAS

Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos funamentales,* trad. Ernesto Garzón Valdés, CEPC, Madrid.

Alexy, R. (1994), *El concepto y la validez del Derecho,* trad. J.M. Seña, Gedisa, Barcelona.

Alexy, R. (1999), "La tesis del caso especial", trad. Isabel Lifante, en *Isegoría,* nº 21, pp. 23-35.

Alexy, R. (2003), "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. A. García Figueroa, en Carbonell 2003, pp. 31-47.

Alexy, R. (2004), *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales,* trad. C. Bernal Pulido, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid.

Bentham, J. (1987), "Anarchical Fallacies" (1843), en Waldron, J. (ed.), *Nonsense upon*

Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man, Metheun, Londres.
Bentham, J. (1991), "Examen crítico de la declaración de derechos", en *Bentham. Antología,* edición de Josep M. Colomer, trad. G. Hernández Ortega y M. Vancells, Península, Barcelona, pp.109-158.
Carbonell, M. (comp.) (2003), *Neoconstitucionalismo(s),* Trotta, Madrid.
Celano, B. (1994), *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Turín.
Celano, B. (2002), "'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", en *Diritto e questioni pubbliche* (www.dirittoequestionipubbliche.org),nº 2, pp. 34-46.
Celano, B. (2005), "Diritti, principi e valori nello Statu costituzionale di diritto: tre hipótesis di ricostruzione", en *Diritto e questioni pubbliche* (www.dirittoequestionipubbliche.org), nº 5, pp. 1-15.
Cruz, L.M. (2005), *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo,* Comares, Granada.
Díaz Revorio, F.J. (1997), *Valores superiores e interpretación constitucional,* CEPC, Madrid.
Ferrajoli, L. (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid.
Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* trad. P. Andrés Ibáñez & al., Trotta, Madrid.
García Figueroa, A. (2000), "Haciendo justicia desde el lado activo del Derecho. Teoría de la argumentación y teoría del Derecho", en *Revista de Ciencias Sociales,* nº 45, (monográfico *Sobre el razonamiento jurídico*), pp. 193-218.
García Figueroa, A. (2003), "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho", en *Diritto e questioni pubbliche* (www.dirittoequestionipubbliche.org) nº 3, pp. 197-227. Puede consultarse una versión ligeramente modificada, bajo el título "Principios y derechos fundamentales", en Díaz, E. & al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales,* CEPC, Madrid.
García Figueroa, A. (2004), "Bemerkungen zu einer dispositionellen Erklärung des Rechts anhand der Diskussion der Verbindungs- und Trennungsthese", texto presentado al seminario del Prof. Dr. Robert Alexy en Kiel el 8 de junio de 2004, de próxima publicación en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.*
García Figueroa, A. (2005), "Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli" en Carbonell, M y Salazar, P. (eds.), *Garantismo*, Trotta, Madrid.
Guastini, R. (2003), "La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano", trad. J.M. Lujambio, en Carbonell 2003, pp. 49-73.
Kantorowicz, H. (1964), *La definición del Derecho,* trad. J.M. de la Vega, Revista de Occidente, Madrid.
Kelsen, H. (1977), *Teoría pura del Derecho* (primera edición de 1934), trad. M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires.
Kolakowski, L. (1970), *El racionalismo como ideología y ética sin código,* trad. J. Muñoz, Ariel, Barcelona.
Lewis, D. (2000), "Dispositional theories of value", en *Papers in Ethics and Social Philosophy,* Cambridge University Press.
Moore, G.E. (2002), *Principia Ethica* (1903), trad. M. Vázquez Guisán, Crítica, Barcelona.
Nino, C.S. (1985), *La validez del Derecho,* Astrea, Buenos Aires.
Popper, K. (1961), *La miseria del historicismo,* trad. P. Schwarz, Alianza, Madrid.
Popper, K. (2002), *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual,* trad. C. García Trevijano, Alianza, Madrid.
Ramos Duarte, É. O. (2003), *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito. Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito,* Landy, São Paulo.
Reale, M. (1997), *Teoría tridimensional del Derecho,* trad. Ángeles Mateos, Tecnos, Madrid.
Rodríguez-Toubes, J. (2000), *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
Rorty, R. (2000), *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética,* trad. J. Vergés Gifra, Ariel, Barcelona.
Sieckmann, J.-R. (1990), *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems,* Nomos, Baden-Baden.
Urmson, J.O. (1969), "Saints and Heroes",

en Feinberg, J. (ed.), *Moral Concepts*, OUP, Oxford.
Villanueva Flores, R. (1995), *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano,* Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
Williams, Bernard (1987), *Introducción a la ética,* trad. Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid.
Wright, G.H. von (1993), *The Varieties of Goodness,* Thoemmes Press, Bristol (reimpr. facsímil a partir de la primera edición en Routledge 1963).

NOTAS

[1] La cita, que merece la pena ampliar, continúa así: "Los *nominalistas metodológicos*, por el contrario, expresarían sus problemas en términos como "¿cómo se comporta este pedazo de materia?" o "¿cómo se mueve en presencia de otros cuerpos?". Porque los nominalistas metodológicos sostienen que la tarea de la ciencia es sólo describir cómo se comportan las cosas, y sugieren que esto se ha de conseguir por medio de la libre introducción de nuevos términos, cuando sea necesario, o por medio de una re-definición de los viejos términos, cuando sea conveniente, olvidando tranquilamente su sentido original. Porque consideran a las *palabras* meramente como *útiles instrumentos de descripción*" (Popper 1961, 42 s.). Popper mantuvo siempre su "exhortación antiesencialista" (Popper 2002, 30).

[2] La aversión a este tipo de declaraciones queda clara en su "Examen crítico de la declaración de derechos" (Bentham 1991). Para Bentham la impropiedad en la formulación de derechos fundamentales podía conducir nada menos que a la anarquía: "En un cuerpo de leyes –especialmente leyes constitucionales o fundamentales- una palabra impropia puede ser una calamidad nacional –y la guerra civil puede ser su consecuencia. A partir de una palabra tonta, pueden salir mil puñales" (Bentham 1987, 49, cit. por Villanueva 1995, 28 ss.).

[3] En García Figueroa 2003 me he ocupado de ello con cierto detenimiento.

[4] Los enunciados devienen provisionales en un sentido popperiano.

[5] La confusión de lenguaje normativo y valorativo se halla implícita incluso en la jerga filosófica, como lo ilustra von Wright (1993, 155) con el siguiente ejemplo: quien defiende una ciencia libre de valores en realidad está defendiendo que la ciencia nos diga cómo es el mundo y no cómo debe ser. Sin embargo, una cosa es que la ciencia no tenga valores y otra distinta que no nos dicte normas.

[6] Se refiere al "nosotros" de la cita de Lewis que reproduzco pocas líneas atrás: "ser un valor (…) significa ser aquello que *nosotros* estamos dispuestos bajo condiciones ideales a desear desear" (énfasis mío).

[7] Volvemos así al apartado de las normas. La dimensión axiológica del Derecho constitucionalizado exige, en efecto, que en su dimensión deontológica el deber se exprese a través de normas derrotables, de mandatos de optimización, nos diría Alexy. Cabría plantear entonces si los principios alexyanos son realmente derrotables. En otras palabras, cabría plantear si son derrotables los mandatos de optimización (agradezco a Carsten Bäcker que me haya llamado la atención sobre este problema en comunicación privada). Realmente para responder a esta cuestión debe resolverse previamente una ambigüedad en la concepción de los principios como mandatos de optimización. ¿Un principio dice "prohibido discriminar por razón de raza, sexo,etc." (Php) o bien dice "Obligatorio optimizar la prohibición de discriminar por razón de raza, sexo, etc." [O OPT (Php)]? (vid. Sieckmann 1990, 59). Creo que cabe interpretar que la norma Php es derrotable, pero no en cambio la metanorma de carácter técnico O OPT (Php). El carácter derrotable de Php permite la no-derrotabilidad de O OPT (Php).